

國立台灣大學法律學研究所

碩士學位論文

Department of Law

College of law

National Taiwan University

Master Thesis

政府資訊公開之第三人權利保護

—以救濟程序為中心

Protection of the Third Parties' Rights under the Governmental  
Information Disclosure—Focusing on the Remedy Procedure



Wei-Lan YAO

指導教授：林明昕 博士

Advisor : Dr. iur. Ming-Hsin Lin

中華民國九十九年三月

March, 2010



## 謝辭

從小時候以來，我從未想像過自己能考上台大法律系，更遑論從台大法研所畢業，然而回想起來，這卻是一段奇妙的歷程。從考上那一刻的喜悅；上課、趕報告、學外文的辛酸；論文撰寫的蘊釀；成果的發表及口試的緊張；直到最後，口試老師允許我畢業的那一刻起，我才驚覺，我的研究生的生涯似乎要暫時告一段落。

求學階段一路走來，最須感謝的是我的指導老師林明昕教授！每當我的論文出現盲點而無法突破時，老師總是適時地給我建議，使我能從迷霧中走出，繼續往前邁進，於相關文獻無法及時借閱到時，總是將熱心地將其私藏的書籍借給我，使我不至於在文獻之收集上遇到阻礙。於國家考試與語文考試方面，老師亦對我多加關心，讓我有足夠的信心來面對接踵而來的挑戰。總之，林明昕老師在我的研究生涯占有極為重要之地位，應為無庸置疑之事。另外，我的口試委員李建良教授與盛子龍教授，於口試時，對於本篇論文亦提出了許多精闢的見解，讓我收穫良多，實不勝感激。

研究生的過程中，好友們的砥礪與打氣，至今仍讓我點滴於心。感謝政坤、任遠、如芸、明賢就本論文給予相當多的寶貴意見，使本篇的論文得以更加充實。謝謝緯武於日文閱讀方面，給我多加指導，使我能在日本法上理出一個頭緒出來。感謝國勳及任遠於撰寫論文的過程中，相互的鼓勵，使我能以穩健的步伐，順利完成這篇論文。謝謝祥豪與偉達對於本篇論文之細心地校訂，使本論文能順利問世。最後，要感謝的人實在太多了，短短的話語，實不足表達我內心的情感，也只能再次說聲謝謝各位！

最後感謝我的父母，其無論於物質抑或是精神上，皆帶給我最大的支持，使我能穩健的走完這艱辛的路程。我如果有任何成就可以提及，皆應歸功於您們。

## 摘要

本文主要在探討，人民向政府請求資訊公開時，因該資訊公開之結果將侵害第三人之權利，依政府資訊公開法第 18 條規定，國家原則上應不得公開系爭資訊。此乃立法者對於申請人之資訊公開請求權與第三人之權益所作權衡的結果。惟若行政機關不顧立法者之意志，仍欲公開系爭資訊時，第三人該如何地運用訴訟制度以均衡地保障其權益？

當行政機關作成公開決定，而其所欲公開之內容，涉及到第三人之權利時，第三人若認為該公開決定侵害其權利，第三人得於該公開決定作出後，對該決定提起撤銷訴訟，請求行政機關不要公開系爭資訊以免侵害其權利，並得同時向法院聲請停止執行。此外，若第三人等到行政機關作成公開決定後，始對該公開決定開啟事後之救濟程序，緩不濟急。基於權利保護之實效性的要求，其亦得於行政機關尚未作成公開決定前，預先提起預防性不作為之訴，請求法院命行政機關不得作出公開決定。再者，於符合一定嚴格之要件下，第三人亦應得提起預防性假處分，以暫時地阻止行政機關作成公開決定。惟在第三人對於公開決定，提起上開本案訴訟及其暫時權利保護的程序中，因其程序運作之結果，資訊公開請求權可能無法實現，是資訊公開請求權人應得以獨立參加或輔助參加的方式，參與各該程序以妥善地保護其權利。如此，申請人之資訊公開請求權與第三人之權益將得以均衡地獲得保障。

## 關鍵字

政府資訊公開 (open government)、知的權利 (right to know)、第三人權利保障 (protection of the third parties' rights)、暫時權利保護 (preliminary injunction)、訴訟參加 (intervention)、原告適格 (standing)、預防性訴訟 (equitable action)

# 簡目

## 第一章 緒論

### 第一節 問題意識

### 第二節 研究目的、範圍與架構

## 第二章 一般性之救濟程序

### 第一節 撤銷訴訟

### 第二節 暫時權利保護

## 第三章 預防性之救濟程序

### 第一節 概說

### 第二節 日本法上預防性訴訟之發展

### 第三節 我國法上解釋

### 第四節 結論



## 第四章 資訊公開請求權人之程序保障—訴訟參加

### 第一節 概說

### 第二節 日本法上訴訟參加制度

### 第三節 我國法上運用

### 第四節 結論

## 第五章 總結

# 詳目

第一章 緒論 .....	1
第一節 問題意識 .....	1
壹、政府資訊公開之目的與人民之資訊公開請求權 .....	1
貳、第三人權利保護之必要性 .....	4
參、申請人之資訊公開請求權 vs 第三人權利 .....	6
一、立法者所為之價值決定 .....	6
二、立法者價值決定之具體落實 .....	7
(一) 定性 .....	8
(二) 行政程序 .....	10
(三) 救濟程序 .....	12
第二節 研究目的、範圍與架構 .....	14
壹、研究目的 .....	14
貳、研究範圍 .....	17
參、研究架構 .....	19
第二章 一般性之救濟程序 .....	20
第一節 撤銷訴訟 .....	20
壹、概說 .....	20
貳、日本法上發展 .....	21
一、帝京大學事件 .....	21
(一) 事實的概要 .....	23
(二) 本案前的爭點—原告適格 .....	24
1、原告之主張 .....	25
2、被告之主張 .....	25
3、法院之見解 .....	26
(三) 栃木縣資訊公開條例第六條第二款之該當性 .....	27
(四) 栃木縣資訊公開條例第六條第五款之該當性 .....	31
(五) 小結—問題意識之形成 .....	32
二、第三人原告適格之一般性判斷基準 .....	33
(一) 學說爭論 .....	34
(二) 最高法院判例之發展 .....	39
1、初期判例的立場 .....	39
2、判例立場的緩和 .....	41
3、近期最高法院判決的展開 .....	43
(三) 行政事件訴訟法新設的趣旨 .....	45
(四) 小結—評帝京大學事件 .....	48
參、我國法上之運作 .....	52

肆、結論.....	56
第二節 暫時權利保護 .....	58
壹、暫時權利保護制度之必要性 .....	58
貳、第三人所得適用之保全手段 .....	59
參、停止執行制度之修正 .....	62
一、實際案例 .....	63
二、停止執行之實體要件之內涵 .....	67
(一) 日本學說 .....	67
(二) 本文見解 .....	70
三、停止執行之實體審查的順序 .....	72
(一) 日本學說 .....	73
(二) 德國學說 .....	75
(三) 本文見解 .....	76
四、小結—論我國法上之解釋 .....	80
肆、停止執行制度之立法上的建議 .....	82
伍、結論.....	84
第三章 預防性之救濟程序 .....	87
第一節 概說 .....	87
第二節 日本法上預防性訴訟之發展 .....	88
壹、第三人提起禁止訴訟之可能性 .....	88
貳、行政事件訴訟法修正前 .....	90
一、預防性訴訟為無名抗告訴訟 .....	90
二、無名抗告訴訟承認之可否 .....	92
(一) 行政事件訴訟特例法時代的爭論 .....	92
1、學說.....	92
(1) 例外說 .....	97
(2) 補充說 .....	98
(3) 緩和的補充說 .....	100
(4) 獨立說 .....	101
2、判例.....	102
三、小結.....	103
參、行政事件訴訟法修正後 .....	105
一、禁止訴訟之法定化 .....	105
(一) 立法趣旨 .....	105
(二) 訴訟要件 .....	107

1、一定之處分或裁決 .....	107
2、行政機關作成一定之處分或裁決的蓋然性 .....	110
3、損害之重大性與補充性 .....	110
4、關於原告適格之要件 .....	113
(三) 本案實體要件 .....	114
二、暫時性禁止之法定化 .....	115
(一) 立法趣旨 .....	115
(二) 暫時性禁止之程序要件 .....	118
1、適法之禁止訴訟被提起 .....	118
2、當事人適格 .....	118
(三) 暫時性禁止之實體要件 .....	119
1、為避免無法補償之損害而有緊急之必要 .....	119
2、關於本案顯有理由 .....	121
3、對於公共利益有重大影響之虞 .....	122
(四) 法院之決定 .....	123
三、小結 .....	123
第三節 我國法上解釋 .....	125
壹、預防性不作為訴訟之容許性 .....	125
一、實務 .....	125
二、學說 .....	127
三、本文見解 .....	129
貳、預防性假處分之容許性 .....	133
一、實務 .....	133
二、學說 .....	134
三、本文見解 .....	135
參、小結 .....	136
第四節 結論 .....	137
第四章 資訊公開請求權人之程序保障—訴訟參加 .....	139
第一節 概說 .....	139
第二節 日本法上訴訟參加制度 .....	140
壹、撤銷訴訟之訴訟參加 .....	140
一、資訊公開請求權人所得適用之參加類型 .....	140
二、撤銷訴訟上之參加類型 .....	143
(一) 第三人訴訟參加 .....	145
1、意義與性質 .....	145
2、訴訟參加之要件 .....	148
3、即時抗告 .....	152
4、對於訴訟參加人之效力 .....	153



(二) 民事訴訟法之參加類型 .....	155
1、輔助參加 .....	156
2、獨立當事人參加 .....	158
3、共同訴訟參加 .....	159
(三) 小結 .....	160
貳、停止執行之訴訟參加 .....	162
一、資訊公開請求權人參加之必要性 .....	162
二、資訊公開請求權人得否參加 .....	162
參、禁止訴訟之訴訟參加 .....	164
一、資訊公開請求權人參加之必要性 .....	164
二、資訊公開請求權人之參加類型與效力 .....	166
肆、暫時性禁止之訴訟參加 .....	168
一、資訊公開請求權人參加之必要性 .....	168
二、資訊公開請求權人得否參加 .....	169
伍、小結.....	169
第三節 我國法上之運用 .....	170
壹、撤銷訴訟之訴訟參加 .....	170
一、必要參加 .....	170
二、獨立參加 .....	174
三、輔助參加 .....	178
四、小結.....	179
貳、停止執行之訴訟參加 .....	180
參、預防性不作為訴訟之訴訟參加 .....	183
肆、預防性假處分之訴訟參加 .....	185
第四節 結論 .....	186
第五章 總結 .....	189
參考文獻.....	196



# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識

### 壹、政府資訊公開之目的與人民之資訊公開請求權

國家之立法者設立政府資訊公開法制，以促進政府所持有之資訊得以自由流通，似已為世界之潮流。我國之政府資訊公開法即賦予人民得以享有法律上之資訊公開請求權，當人民欲窺知政府所持有之資訊時，即得以之為依據而向政府請求公開其內容。其立法意旨不外為下列兩點理由：首先，政府在人民之託付與同意之下，為達成國家目的，特別是為達成保障人民自由權利與促進人民福祉之目的，有蒐集、運用龐大資訊的必要性，是以政府成為最大資訊收集者與擁有者。惟政府對其所搜得之資訊，僅為暫時之「持有者」或「保管者」，該具「公共財」性質的資訊，其所有權人應是全體人民，自不得由政府所壟斷。其次，人民為參與公共事務，監督政府施政，經營個人生活，滿足「知的權利」，有要求政府提供充足且正確資訊的權利，方符合施政公開、資源共享之民主原則。政府將其擁有之資訊充分公開，人民方得據以判斷政府之所作所為是否有違背國民之託付，進而形塑負責任的言論，此為國民正確行使參政權之必要條件，民主政治須由具備豐富且正確資訊之國民參與，才有可能真正實現。是若因無法律之依據而不公開政府所持有之資訊，實已直接或間接地侵害國民主權與民主原則。<sup>1</sup>綜上所述，於制定政府資訊公開法而賦予人民資訊公開請求權後，具「公共財」性質的資訊即得以自由流通，而使人民有能力得監督政府施政之良窳，以直接或間接地促進民主參與。

再者，雖然人民之法律上資訊公開請求權已因立法者制定政府資訊公開法加以落實，惟立法者是否具有積極立法之義務，來保障、實現人民資訊公開請求權？

<sup>1</sup> 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，頁 36。

若有的話，其法理依據何在？若欲解決該問題，即必須探討到人民之資訊公開請求權有無其憲法上的根據。若人民之資訊公開請求權有其憲法上的根據，立法者自然具有積極立法之義務，來保障、實現人民之資訊請求權。對此問題，學者幾乎一致認為，「知的權利」乃人民之資訊公開請求權之憲法上的根據。並認為「知的權利」之內涵為自由接受思想之權利，亦即聽的自由、讀的自由、看的自由等。簡言之，從接受思想者之立場而論之自由，即為其主要內涵<sup>2</sup>。若進一步，從基本權之功能體系來觀察的話，可知，「知的權利」除了為讀、看、聽、接受資訊及思想之消極權利的同時，亦具有請求政府機關有關資訊公開之積極權利的性質，故其於預防國家干涉為目的之防禦權中，事實上亦帶有要求國家提供資訊之給付請求權之意涵存在。惟基於權力分立之考量，人民尚無法直接以抽象之基本權規定為依據，而積極地請求國家提供一定之給付。僅有在立法者制定國家提供給付之法律，且明確規定給付內容之各項細節後，人民始得在符合法定要件時，享有要求國家提供給付之積極請求權<sup>3</sup>。而政府資訊公開法應即得解為憲法上「知的權利」之積極給付請求權面向的落實。

在了解「知的權利」之內涵後，接下來須探討的是「知的權利」於我國實定憲法上之依據為何？如前所述，政府資訊公開法制主要的目的在於促進人民之民主參與，是首先浮現於腦海中的是，實際上也是最重要的問題，亦即：人民可否基於民主原則，主張其擁有直接由憲法賦予之「知的權利」？關於此點似有疑問存在，因憲法學領域裡探討的民主原則所指涉的乃是一種「國民統治」的國家形式，而認為國家的統治權力來源乃出自於全體國民，所以應由全體國民自己或委由代表來行使此項權力。是以，民主原則所強調的乃國家的統治權力屬於「全體國民」，並非屬於「一部分國民或個人」。惟屬於基本權利之「知的權利」，所強

<sup>2</sup> 葉淑芳，行政資訊公開之研究－以隱私權益保障為中心，國立中興大學法律研究所碩士論文，1999年，頁36。

<sup>3</sup> 葉淑芳，行政資訊公開之研究－以隱私權益保障為中心，國立中興大學法律研究所碩士論文，1999年，頁48。

調則是全體國民中之「個別人民」得享受該權利所賦予之利益。是從兩者之「全體與個別」的差異來看，似無法直接由民主原則推論出人民得享有「知的權利」，至少在邏輯上是無法成立的。準此，人民憲法上權利的保障根據，似仍然須求諸於憲法中基本權的規定，始為正辦<sup>4</sup>。

至於，若將人民之「知的權利」求諸於憲法中基本權的規定，則其究屬於憲法中基本權之何者？對此問題，學者間見解似未一致。學者法治斌認為，基於憲法第 11 條人民言論、集會、出版自由之精神，即得導出人民之「知的權利」。蓋無論係口頭之言詞或書面之文字，欲求其不致無的放矢、空言泛論，即須發表演論者事先經審慎之思慮後，以明智適中地行使其「知的權利」。換言之，如欲發言或文章之內容具有深度及見地，有關資訊之接收，進而加以整理歸納，以利其事先準備，殆為不可或缺之事。然時至今日，由於福利國家或給付行政思想之興起，政府之功能急速擴張，其所需處理之事務已多致無法逐一系列之地步。事實上且因行使職權之需要，政府機關更掌握及儲存大量之資訊。反之，人民或私人團體所擁有之資訊多僅是一鱗半爪，甚難窺其全貌，有時甚至真假難辨。在如此資訊一面倒之前提下，不僅容易造成人民誤解，甚至曲解政府美意，使得政府施政有淪為黑箱作業之可能。因此，為求人民表意自由之真正發揚，藉由資訊公開法制之建立，以形塑透明、公開、負責之政府及其施政，即有絕對之必要<sup>5</sup>。

惟學者李震山則有不同之看法，其認為「知的權利」應可從憲法第 22 條中導出。蓋憲法第 2 章第 7 條至第 18 條及第 21 條中並未明白規定人民該項權利，且從各具體明定權利之保障或適用範圍中，又不易推演出。惟「知的權利」在民主國家中，已具有普遍性及不可侵害性，因而具有人權的品質，至少已成為維繫自由民主憲政秩序不可或缺之基本權利，僅有賦予其憲法權利之地位，方能發揮

<sup>4</sup> 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，2000 年 7 月，頁 28。

<sup>5</sup> 法治斌，資訊公開，收錄於資訊公開與司法審查，正典，2003 年，頁 13。

其功能，以保證民主法治國家之實質正常運作。準此，「知的權利」屬於基本人權，應屬無庸置疑之事。進而，要求政府資訊公開之「知的權利」，在不妨害社會秩序、公共利益下，應屬憲法第 22 條人民之「其他」自由權利，而受憲法之保障<sup>6</sup>。

對於上述學者間之不同看法，本文認為，基本權之保護領域應從寬解釋，而大幅度將人民各類行止納入憲法初步的保護網中。若基此立場，對於憲法第 11 條之表意自由之保護領域，不僅得包含人民表達意見之自由，亦得包含接受意見之自由。是憲法第 11 條之表意自由即得作為「知的權利」之憲法上依據，當無再適用憲法第 22 條概括基本權之餘地。

## 貳、第三人權利保護之必要性

如前所述，政府資訊公開之主要目的為促進民主參與，為落實基於憲法第 11 條保障人民表現自由之意旨，立法者遂制定資訊公開法，以賦予人民得請求政府公開其所持有資訊之權利。惟於政府依據人民之請求而公開資訊的同時，第三人之權利可能因而受損。最常見者，莫如人民請求公開之資訊，於其內容上含有第三人（包含自然人或者法人）之相關資訊，若准許其申請而作成公開決定，且執行其決定的話，第三人的隱私或營業秘密等權益即可能因此而受損。

惟該第三人之「隱私權與營業秘密」，在憲法上其實與申請人之「資訊公開請求權」相同，或多或少均具有不可輕忽的意義。詳言之，以個人隱私權來說，有關個人隱私，學者大多認為其屬在政府資訊公開法制中，例外不得公開的核心領域。因為個人隱私者，依據若干學者從德國法比較之研究可知，是所謂「資訊

---

<sup>6</sup> 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，頁 38。

自決」的概念；其於憲法上則為人民一般人格權的表現之一。雖然一般人格權，在德國憲法秩序中，原有基本法第 2 條第 1 項作為成文法依據，而毫無疑問地成為基本權利的一種，不過在我國，縱其法無明文，也因為司法院大法官已於釋字第 399 號解釋指出人格權為憲法第 22 條所保護，而同樣具有基本權利的品質；甚者，於釋字第 585 號解釋理由書中對隱私權之權利地位曾謂：「...其中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隱私之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障...」<sup>7</sup>由此觀之，隱私權之基本權的地位已受我國職司憲法解釋的司法院大法官所肯認。再者，除隱私權外，政府部門所掌握之私人的營業秘密，亦因我國憲法第 15 條明文的工作權、財產權等規定，而同獲憲法的保障，亦屬資訊是否得公開的重要考量因素。準此，營業秘密同為政府資訊公開所應例外限制、甚至排除公開的領域<sup>8</sup>。

總之，資訊公開所涉及之第三人的利益，無論涉及隱私權部分，或營業秘密等，其於我國憲法上或多或少具有基本權利的品質，殆無疑義。鑑於一旦公開之資訊具有「回復不能」之風險，如何防止私人利益不因政府所持有之個人秘密外洩而遭致損害，實屬法學界現時所面臨的嚴肅課題。更何況這些個人的私益，如上所述，也同時為憲法所保護的法益；其既與政府資訊公開所欲保障之法益同具憲法位階，自無隨意忽視的道理<sup>9</sup>。

<sup>7</sup> 大法官於釋字第 603 號解釋亦重申隱私權受憲法第 22 條保障之意旨。解釋文指出：「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，並為保障個人生活秘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（本院釋字第 585 號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。...」

<sup>8</sup> 林明昕，資訊公開 vs 秘密保護—論「政府資訊公開法制」之建立，法政學報第 16 期，2003 年 3 月，頁 37。

<sup>9</sup> 林明昕，資訊公開 vs 秘密保護—論「政府資訊公開法制」之建立，法政學報第 16 期，2003 年 3 月，頁 37。

## 參、申請人之資訊公開請求權 vs 第三人權利

### 一、立法者所為之價值決定

如前所述，無論是申請人之資訊公開請求權，亦或是第三人之隱私權及營業秘密等，均屬憲法上所保障的基本權，而具有拘束立法者透過政府資訊公開法制加以實現的規範效力，從而有疑問的是，立法者如何斟酌此等彼此間既無分軒輊，而又相互競合、衝突的法益，以建立一套正確的政府資訊公開法制？對於該問題之處理，一般認為應援用基本權衝突之一般理論來解決<sup>10</sup>。詳言之，無論是申請人之資訊公開請求權，抑或是第三人之隱私權及營業秘密等，對於立法者而言，均內含著「最佳化之誡命」。亦即，立法者於其面對此兩種法益，而欲以一套政府資訊公開法制加以實現時，有必要使其兩者均能盡量地在相關的法律及命令中發揮的淋漓盡致，而不能顧此失彼，造成當中某一法益全有全無的零和關係。至於這兩種法益，正由於其最佳化的結果，彼此間難免互有競合與衝突之現象，從而為消弭此一尷尬的困境，立法者則有必要針對各種矛盾情形，在政府資訊公開之相關法律與命令中，透過精確的「原則與例外」之規定，進行「利益衡量」的調整程序，務求應予同時最佳化的兩個法益間，共同達到「實際整合」的和諧境界<sup>11</sup>。

準此，政府資訊公開法第 18 條第 1 項即規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：一 經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。二 公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、

<sup>10</sup> 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，頁 42。

<sup>11</sup> 林明昕，資訊公開 vs 秘密保護—論「政府資訊公開法制」之建立，法政學報第 16 期，2003 年 3 月，頁 39。



財產者。三 政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。四 政府機關為實施監督、管理、檢（調）查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢（調）查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。五 有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正效率之執行者。六 公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七 個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。八 為保存文化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。九 公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」其中第二款、第六款、第七款及第九款乃涉及到第三人權利之不公開事由。此乃立法者權衡資訊公開請求權與第三人之權益後所作之結果<sup>12</sup>，該雙方之利益即透過此等「原則與例外」之規定，而達到「實際整合」的和諧境界。執行法律之行政機關，當須以此為依據來決定是否公開，進而實現立法者所作之價值決定。

## 二、立法者價值決定之具體落實

如前所述，執行法律之行政機關須依政府資訊公開法第 18 條規定之意旨為依據，來決定是否做出公開決定。惟如何確保行政機關依法行政來決定是否公開關涉第三人之資訊，此乃政府資訊公開法制上第三人權利保護所須解決的問題。

<sup>12</sup> 對於該條所為之例外規定，學者一般認為「一切規定，莫不有其例外」及「例外正是用以確認原則」等法諺為吾人所熟知，蓋原則之外，若無例外，法規範難免會有其疏漏。且對於該原則與例外間之關係，應採「例外之應從嚴解釋」的立場，否則例外既不可適用原則，原則必被破壞殆盡而互換其角色。參見：李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，頁 42。

對此問題之討論，大體而言可區分為二大部分，即「行政程序」及「救濟程序」二大階段。在論述到「行政程序」及「救濟程序」之前，本文擬先對於公開決定加以定性，蓋若不先確定公開決定之性質，將無法妥適確定公開決定作成之過程須適用何種行政程序，亦無法確定對於公開決定加以救濟之手段為何。詳言之，作成公開決定之行政程序應遵從政府資訊公開法之規定並無疑義，惟若政府資訊公開法並未規定完整時，勢必須適用行政程序法之規定，但須適用哪一個章節之規定，此乃涉及到該行政行為之性質；此外，公開決定之定性亦為第三人提起行政救濟的前提問題。除於決定第三人提起訴訟之類型有其實益外，於「暫時權利保護」方面，其究應採取「行政處分之停止執行」或「定暫時狀態處分」，亦以此問題之結論為其基礎。因此，須先就此前提性問題加以釐清後，始得展開後續行政程序與救濟程序之相關討論。

### （一）定性

行政機關就人民申請揭露資訊所為之決定究否屬於行政處分？於日本資訊公開法制對此問題亦有所討論。例如，在東京高等法院平成5年3月22日<sup>13</sup>的判決中，長野市市長即以不公開決定不具處分性為由，主張其非撤銷訴訟之對象。且以不公開決定為標的之爭訟應屬民眾訴訟，惟因無法律規定承認，故主張原告所提起之訴訟不適法；但法院卻認為：長野市公文書公開條例就不公開決定，既然設有得依行政不服審查法提起不服聲明等規定，於此前提下該條例應有賦與請求權人個別的、具體的請求權，故長野市市長之主張應不可採。於學說上亦大多認為資訊公開條例與資訊公開法均賦予人民公開請求權，因此行政機關依資訊公開法所為公開與否之決定，當然具有處分性，而贊同上開法院之見解<sup>14</sup>。

<sup>13</sup> 東京高判，平成5年3月22日，高民集，46卷1號，頁1。

<sup>14</sup> 宇賀克也，情報公開法、情報公開條例，有斐閣，2001年，頁137-139。至於中文文獻，可參照：高仁川，資訊公開制度之理論與實際，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年，頁164。

對此問題，國內學者之見解於結論上已達共識，惟其論理過程則不盡相同，有論者認為，人民資訊公開請求權之定性，將影響到對該請求所為之定性。亦即，若人民資訊公開請求權非屬一個獨立的法律上權利，而須附著於其他申請人為自己其他權益所踐行之程序，則就該請求所為之決定即不得單獨被認定為一個行政處分，而僅屬「程序中的決定」，依照行政程序法第 174 條規定，須待程序終了後對「實體決定」不服時，一併提出救濟。反之，若其為一個獨立之法律上權利，則行政機關對於人民聲請資訊公開的請求所為之決定即得單獨對之爭訟，又若該決定屬「行政處分」，則主張異議的第三人即須對該處分提起訴願後始得向法院提出訴訟。於結論上其認為，政府資訊公開請求權應屬獨立之實體權利，非屬附屬程序上的程序權，則行政機關就該權利所為之決定，即不應認定為行政程序法第 174 條所指之「行政機關於行政程序中所為之決定或處置」，僅得於「對實體決定聲明不服時一併聲明之」，而應認為該決定乃行政機關就人民實體法上權利所為之決定，且該決定對人民而言已直接發生法律效果（准許其請求而使其資訊公開請求權實現，或否准其請求而使其資訊公開請求權受阻），應是為「得單獨聲明不服的行政處分」<sup>15</sup>。

本文原則上贊同該見解之結論，而認為資訊公開請求權乃人民之實體法上權利，且行政機關就該權利所為之決定應定性為「得單獨聲明不服的行政處分」。惟其論理過程本文則有不同意見，蓋某一個行政行為是否發生法律效果，端視該行為實際上是否發生規制作用而定，若程序行為會對人民之「程序權」有所規制，已生法律效果，應具有行政處分性質；反之，若程序行為不會對於人民之「程序權」有所規制，因不生法律效果，自非行政處分而為行政上事實行為。至於，不

<sup>15</sup> 湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 6 期，2006 年 11 月，頁 83。湯德宗，「論資訊公開與卷宗閱覽—行政法院相關判決評釋」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中研院法律所籌備處，2006 年，頁 157-159。謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005 年，頁 27-28、33。

服行政程序行為之救濟方法，法律上究係採取聲明異議、聲請複查，抑或是必須附帶於實體決定不服程序中一併審查（行政程序法第 174 條）之方式，乃各有其立法政策上之考量，不可因其被限制不得為單獨之行政爭訟的的標的，即否定其具有行政處分性質之可能性。準此，若以資訊公開請求權究為實體上權利抑或為程序上權利，來討論行政機關就該權利所為之決定是否為行政處分，即有所不妥<sup>16</sup>。惟行政機關就人民申請資訊公開所為之決定，已影響到人民之資訊公開請求權得否實現，是該決定屬於影響人民實體權利之行政處分，應為可得確定之結論。

法務部對此特以函釋指明<sup>17</sup>：「資訊公開辦法之立法意旨，係滿足人民知的權利及促進行政程序之公開化與透明化，其公開對象為一般人民，...依該辦法規定申請行政機關提供行政資訊之權利，屬實體權利，行政機關拒絕提供者，應屬行政處分之性質，申請人如有不服，得依法訴願。」另政府資訊公開法第 21 條亦規定：「申請人對行政機關就其申請所為決定有所不服時，得依法提起行政救濟。」可知，行政機關就人民申請資訊公開所為之決定乃屬於影響行政人民權利之行政處分，且得單獨對之聲明不服。準此，對該問題之討論已因實定法之規定而獲得釐清<sup>18</sup>。

## （二）行政程序

所謂的行政程序，乃指第三人欲阻止行政機關對請求資訊公開者揭露資訊，

<sup>16</sup> 學者李建良認為，行政程序行為其範圍包括積極之作為及消極之不作為，在性質上，除具有行政處分性質之行為外，尚包括其他公法上之行為，如公法上之意思表示、公法上認知行為及公法上事實行為等。參見：李建良，「行政程序行為與行政救濟」，收錄於『月旦法學教室 公法學編』，元照，2002 年，頁 238-239。學者吳志光亦認為，不應否認行政程序行為之行政處分屬性，行政程序行為雖非實體決定，但仍有可能產生一定之規範效果，足以終結部份之行政程序，而為「程序性之行政處分」。參見：吳志光，行政資訊公開與行政爭訟途徑，律師雜誌，第 303 期，2004 年 12 月，頁 48 以下。以上之見解與本文之看法同。

<sup>17</sup> 法務部 91 年 9 月 2 日法律字第 0910033663 號函。

<sup>18</sup> 在此見解之前提下，高雄高等行政法院 93 年度訴字第 743 號判決認為：行政機關所為拒絕之答復，屬事實行為，而非行政處分，即非妥適。

在提起爭訟前所應踐行之程序。其中，行政機關於資訊公開前對於該「與該資訊有關之人」的「事前通知」，應為該程序之關鍵所在。蓋若行政機關依據初步審查申請人之申請而認為應予公開，惟卻未於准許申請人之請求前先行通知第三人，則此第三人根本無從知悉其所提供之資訊或與其權益有關之資訊此刻正處於「即將公開」的狀態，當無從展開阻止行政機關對申請人揭露系爭資訊的行動。詳言之，該公開決定作成之過程因無第三人聲音反應於其中，即使最後作出公開決定，其正當性不但令人質疑，且第三人亦因「無知」而無法對其權利及時加以救濟。是以，「事前通知」可謂整個資訊公開之第三人權利保護制度的前提，若此環節無法健全與落實，則整個反公開制度將形同空談。

因公開決定被定性為行政處分，自得適用行政程序法第 2 章的規定。而行政程序法第 2 章就事前程序保障之規定，第 102 條以下就行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，應通知處分相對人或利害關係人陳述意見，設有明文。惟政府資訊公開法第 12 條第 2 項前段亦設有類似之規定：「前項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。」基於政府資訊公開法乃行政程序法之特別法立場，就此問題應優先適用政府資訊公開法<sup>19</sup>。此時若此第三人不欲系爭資訊為他人知悉，則可依政府資訊公開法第 12 條之規定陳述其意見，且其意見之陳述將成為行政機關於決定不公開時之重要考量因素。是以，要求行政機關於作成准許公開決定前，先行通知第三人；且第三人於受通知後，必須給予其對於行政機關將揭露資訊與申請人之表達意見機會，應為必然之結論。

惟第三人事前受通知與陳述意見之上位法理基礎何在？第三人於受通知陳述意見時，應如何「勸阻」行政機關揭露資訊與他人、應盡如何之說明義務？以

<sup>19</sup> 又政府資訊公開法雖未有「救濟教示」之規定，但公開與否之決定既為行政處分，適用普通法之行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款的規定為救濟教示，乃屬當然。參見：湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 6 期，2006 年 11 月，頁 84。

及申請人於此時是否亦得表達意見而得與第三人相抗衡？現行法之規定似乎仍未見清楚，而有待解釋論予以釐清。

### （三）救濟程序

當行政機關聽取第三人意見陳述而經重新審議、權衡各方利益後，仍認為系爭資訊應予公開時，亦應將此結果先行告知第三人。此時，若第三人對其結果仍有未服之處，則應採繼續依循行政救濟程序以維護其權益。於此，便進入第三人權利保護之救濟程序階段。就我國行政救濟制度而言，共有「訴願程序」、「行政訴訟程序」（含本訴部分及暫時權利保護部份）以及後續「國家賠償責任」之相關程序。

首先，在認為公開決定為行政處分之前提下，行政機關若已作出公開決定，第三人不服其決定，應可對之提起訴願與撤銷訴訟，同時向有權機關聲（申）請停止執行。詳言之，因我國採取「訴願前置主義」，是於提起撤銷訴訟前，必須先經過訴願程序，惟於資訊公開法制下，有無必要設立專責處理資訊公開之訴願機關，以利統一法律見解及防止紛爭之再燃？此問題可能須參考如日本、英國等外國之立法例，始得作一番詳細地比較、分析<sup>20</sup>。其次，如何判定第三人提起行政訴訟之原告適格，其判斷標準何在？亦為值得討論的問題。此問題之重要性在於，若第三人無提起訴訟的「資格」的話，其自無法使用所有的權利救濟制度以保護其權利。再者，第三人於上開訴訟程序應如何舉證系爭資訊之公開將損及其權益，以及該訴訟程序是否及如何進行秘密審理程序？均為資訊公開法制所特有

<sup>20</sup> 各國立法例關於資訊公開之行政內部救濟機制大體上可區分為三種模式：「一般救濟」、「專業救濟」及「複合救濟」。其中採「一般救濟」模式者，如美國與我國，對於資訊公開否准之處分，後續之行政救濟程序採循一般救濟途徑為之；採「專業救濟」模式者，如英國、澳洲及加拿大等，人民於遭否准處分時，係循特殊救濟途徑為之，向專責監督政府機關執行政府資訊公開之「資訊官」或「資訊委員會」提起申訴；而採「複合救濟」模式者，如日本，在一般救濟途徑（即訴願或行政不服審查）中複合融入專業救濟之精神，成立定位為諮詢機關之「情報公開審查會」，提供實質上具有決定性之專業意見。參見：梁學政，論我國資訊公開紛爭解決機制，警大法學論集第14期，2008年4月，40-41頁。

之問題。此外，「暫時權利保護」亦為「第三人權利保護」的另一個重要關鍵。蓋凡此所有程序及努力皆須在系爭資訊未公開的情況下始有實益，若行政機關已公開系爭資訊，則整個「第三人權利保護」將導向「國家賠償責任」之範疇。是以，當第三人在提起撤銷訴訟的同時，亦須兼採「暫時權利保護措施」，請求法院命行政機關「暫緩」揭露系爭資訊。惟第三人於提起訴願與撤銷訴訟時，究應提起何種「暫時權利保護措施」？暫時權利保護之實體要件內涵應如何解釋？法院於審理各該實體要件時，有無順序關係？凡此總總皆關係到第三人得否「即時」暫緩行政機關的揭露行為，故亦值得吾人予以深究。

除了訴願與撤銷訴訟之事後救濟程序外，第三人若仍無法透過訴願與撤銷訴訟以妥適保障其權利時，其得否提起預防性不作為訴訟，且附隨地向法院聲請假處分？若承認之，則其本案訴訟與暫時權利保護之要件為何？此與撤銷訴訟之暫時權利保護同，皆關涉到第三人隱私與營業秘密之權利救濟實效性的問題。

並且，若行政機關雖已作出公開決定，惟已執行完畢，則該公開決定是否因執行完畢而解消？若該公開決定因執行完畢而解消，則第三人此時則僅得提起確認處分違法之訴，進而請求國家賠償。惟此時，第三人提起確認處分違法之訴的利益何在？

另外，若行政機關未作出行政處分而即直接公開系爭資訊時，第三人得否提起一般給付訴訟以請求不再公開其所公開之內容，並得附隨提起假處分。惟此時，第三人提起一般給付訴訟之請求權基礎何在？是否為「結果除去請求權」乎？

最後，第三人運用訴訟制度之目的乃是「反公開」，其訴訟之結果將不得不侵害到申請人之資訊公開請求權。準此，申請人於第三人提起訴訟之程序上，應賦予其聽審權而使其得參與該訴訟之進行，以便保障其資訊公開請求權不致因法

院之誤判而受害。進而，立法者對於申請人之資訊公開請求權與第三人之權益所做之權衡結果，始易於實現。惟資訊公開請求權人，於第三人所得提起本案之訴訟程序上，其所應適用之參加類型究何所指？國內學界對我國行政訴訟法上之參加類型的介紹，其見解頗不一致，須先就其內涵加以釐清，始得以回答該問題。此外，資訊公開請求權人於暫時權利保護之程序進行中，可否加以參與？因我國行政訴訟法上停止執行與假處分之保全程序，並無關於程序外之利害關係人得參與程序之特別明文規定，是資訊公開請求權人可否加以參與該程序，亦發生疑問。

## 第二節 研究目的、範圍與架構

### 壹、研究目的

當人民在向政府請求資訊公開，且因該資訊公開之結果將侵害第三人之權利時，依政府資訊公開法第 18 條規定，國家原則上應不得公開系爭資訊。惟若國家仍欲公開該資訊時，第三人應如何運用訴訟制度以保障其權益？其次，第三人運用訴訟制度之目的乃是「反公開」，其訴訟之結果將不得不侵害到申請人之資訊公開請求權。準此，申請人得否及如何參與上述程序之進行，以避免其因法院之誤判而受害？亦是同時須加以關注之問題。若細究上述所涉及之問題，如同前面第一章第二節所述，其所涉略之範圍甚廣，是本文將僅集中於下列四點加以討論，其餘之問題則不在本文論述之內，在此合先敘明：

一、 首先，若行政機關已作成公開決定，因該公開決定應可被定性為行政處分

<sup>21</sup>，是第三人似得對系爭公開決定提起撤銷訴訟，請求法院否定其所產生之法律效果，該第三人之權益即可獲得確保。惟有疑義的是，第三人是否有

<sup>21</sup> 且應得定性為對於處分相對人受益，惟對於第三人為侵益之「第三人效力之行政處分」。關於第三人效力之行政處分之議題，參見：李庭熙，論附第三人效力之行政處分，台灣大學法律研究所碩士論文，1990 年 6 月。



「資格」可對公開決定提起撤銷訴訟？亦即，第三人對於撤銷訴訟之提起，是否具備原告適格之要件？若認為該第三人具備原告適格之要件，其判斷標準何在？於釋字第 469 號解釋理由書之運作下，是否已有清楚而明確之標準可供操作？此問題若不加以釐清，則政府資訊公開程序中第三人權利保護，將形同空談。對此問題，日本法上已有所討論，該國之帝京大學事件即在處理該問題<sup>22</sup>，法院並對該問題採取肯定之見解。惟其論理過程尚嫌簡略，尚須另外對於該國行政訴訟上第三人原告適格之發展加以了解，始得一窺該問題之全貌。本文即擬以該國法上之討論，來釐清我國法上對於該問題所應採取之態度。

二、其次，因撤銷訴訟程序之進行，須遵守嚴格之審理原則，第三人欲利用該程序以獲得勝訴判決，須花費許多時日，乃得以預期之事。若於撤銷訴訟之程序進行中，行政機關不預期地執行該公開決定，因資訊之公開具有不可回復性，第三人之權利將確定被侵害，第三人所剩下的僅有國家賠償請求權得以行使，惟此恐非當事人之本意。準此，作為暫時權利保護制度之停止執行程序，似得於此時發揮其功能，期求第三人權利保障之實效性。惟現行停止執行制度，乃建立在「一般行政處分」之上，是被定性為「第三人效力行政處分」的公開決定可否適用該制度？若可適用之，則須否做某程度之修正始得適用？亦屬於值得討論的問題。該問題於日本與德國學界已有所討論，相較於而我國法制的發展，不得否認其具有參考之價值。本文對此問題，囿於能力之考量，擬以日本法之相關討論作為比較法之對象，有所不足之處，再以日本或國內對於德國法制之介紹，作為論點補強之依據，希冀得以釐清該問題。

<sup>22</sup> 關於帝京大學事件宇都宮地判，平成 6 年 5 月 25 日，行集，45 卷 5-6 號，頁 1263。東京高判，平成 9 年 7 月 15 日，行集，48 卷 7-8 號，頁 513。最 3 小判，平成 13 年 11 月 27 日，判時，1771 號，頁 67。

三、再者，當第三人即使遵循撤銷訴訟與停止執行之一般的救濟程序，亦可能緩不濟急而無法妥適地保障其權利時，基於憲法上訴訟權保障之要求，該如何賦予其妥適的救濟管道？此時，於現行法制下可想到的救濟方式，不外乎為預防性之救濟程序。惟有疑義的是，預防性之救濟程序於我國法上是否應被承認？綜觀我國實務界之相關討論，其似嚴格遵循權力分立之原則，而對於預防性之救濟程序的容許與否，採取極為敵視之態度。相較於日本法上之討論，我國實務之態度可謂保守許多。尤其，於該國於 2004 年對於預防性救濟程序之法定化，對於人民權利實效性之保障，應得視為具有重大意義之里程碑。是以，本文將對於日本預防性救濟程序於修法前後之發展，做一番簡單的介紹，以期對於第三人得否在公開決定作成前，提起預防性之救濟程序的疑義，有所啟發。

四、最後，因第三人運用訴訟制度之目的乃是「反公開」，其訴訟之結果將不得不侵害到申請人之資訊公開請求權。準此，於第三人提起訴訟之程序上，應賦予其聽審權而使其得參與該訴訟之進行，以便保障其資訊公開請求權不致因法院之誤判而受害。進而，立法者對於申請人之資訊公開請求權與第三人之權益所做之權衡結果，始易於實現。惟資訊公開請求權人，於作為本案之訴訟程序的撤銷訴訟與預防性不作為訴訟上，其所應適用之參加類型究何所指？國內學界對我國行政訴訟法上之參加類型的介紹，其見解頗不一致，須先就其內涵加以釐清，始得以回答該問題。因日本法上訴訟類型之區分，頗類似於我國，即令是條文用語，亦極為相似，是作為我國行政訴訟法繼受國之一的日本法，即有參考之價值。此外，資訊公開請求權人於暫時權利保護之程序進行中，可否加以參與？因我國行政訴訟法上停止執行與假處分之保全程序，並無關於程序外之利害關係人得參與程序之特別明文規定，是資訊公開請求權人可否加以參與該程序，即發生疑問。對此問題，日本法上亦同樣有之，該國學者並對該問題提出了精闢之見解，

著實可對該問題討論尚未深入之我國，有醍醐灌頂之效。

因上述四點所涉及之程序的運作，皆是為了實現立法者對於申請人之資訊公開請求權與第三人之權益所做權衡的結果。本文將針對上述問題加以討論，以期能得出一個較為合理之解決方案，以利資訊公開請求權與第三人權益均衡地獲得維護。

## 貳、研究範圍

所謂的政府資訊公開之第三人權利保護，乃指當行政機關作成公開決定，且公開之結果第三人的權利將有受到侵害之虞時，究竟要如何利用現有或新設之機制以妥善地保障第三人之權利不致受到公權力違法之侵害。是以，該主題於理論上應包含二大部分，即「事前程序保障」與「事後程序保障」。前者，乃於公開決定作成前，且該公開決定執行之結果極可能侵害第三人之權利時，是否及如何賦予第三人於該行政程序中陳述意見之機會，而使行政機關不致作出違法之決定。後者，乃指於公開決定作成後或雖未作出但極高之蓋然性可能作成，且該公開決定執行之結果極可能侵害第三人之權利時，第三人如何利用救濟程序，以撤銷公開決定或命其不作成之，使其權利不致被違法侵害。本文所欲討論之問題，如同題目之副標題所限定，乃集中於事後程序保障方面。亦即，第三人如何利用救濟程序，使其權利不致被違法侵害。至於，事前程序保障方面雖亦有助於第三人權利之保護，惟非本文之討論範圍<sup>23</sup>。

至於，在事後程序保障方面。首先，本文主要在探討，第三人提起撤銷訴訟

<sup>23</sup> 關於事前程序保障方面之相關中文文獻，請參見：謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年，頁57-84。該論文雖名為第三人異議制度，惟實際上其較著重於，如何使公開決定作成之過程符合正當法律程序。另外，日文獻，請參見：松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003年，頁380-390。

與預防性不作為之訴及其暫時權利保護制度方面，所會面臨之相關問題。至於其他訴訟類型則不在本文之討論範圍內。例如，當行政機關於未作成公開決定，即逕行將涉及到第三人權益之資訊公開，此時因僅涉及到事實行為，是以第三人所應提起之訴訟類型應為「一般給付訴訟」。又例如，當行政機關已作成公開決定，且執行之而將涉及到第三人權益之資訊公開，此時因該公開決定已執行完畢而解消<sup>24</sup>，是以第三人所應提起之訴訟類型應為「確認處分違法之訴」。上揭兩種訴訟類型所涉及到之爭點較為單純，本文為避免問題過於分散，該問題即不在本文討論範圍之內。

其次，於資訊公開法制中，某些外國立法例，對於公開決定提起訴願之過程中，乃設有特別之行政救濟機關以因應之。日本資訊公開法上之資訊公開審查會即是一例。因我國並無設有該種特別之委員會，是若將問題點放在我國是否須於資訊公開法制上設立特別之委員會，將涉及到立法論，而此乃具有高度價值判斷之問題，討論到最後不免有見仁見智之嫌。準此，本文擬將研究之重心放在現行法之解釋論上，對此問題並不加以討論<sup>25</sup>。

最後，本文主要在探討，第三人提起撤銷訴訟、預防性不作為訴訟及其暫時權利保護制度之相關問題，是以，本文之討論重心乃放在第一次權利保護。因資訊一旦公開後，即無法回復至未公開前之原狀，此時第三人所有的可能僅剩下國

<sup>24</sup> 論者葉淑芳亦採取相同之見解，而認為公開決定一旦執行，將形成無法回復之損害而解消。其主張「由於個人隱私資訊一旦被決定必須加以公開，此一短時間內即可終結之公開行為已然造成一定傷害之既成事實；換言之，基於個人資訊所具有『私密性』之特徵，即使是事後對此一行政處分加以撤銷，可能已無法挽回或補償現在已形成或將來可能形成之傷害而有回復困難之虞。法律賦予權利於先，必設救濟於後，權利保護之架構始可稱為無漏洞；復基於權利保護有效性之要求，使該救濟能迅速且確實發揮『補救性』及『實效性』雙重功能，應允許被公開之當事人得提起此一預防性不作為行政訴訟。」參見：葉淑芳，行政資訊公開之研究—以隱私權益保障為中心，國立中興大學法律研究所碩士論文，1999年，頁221-222。

<sup>25</sup> 關於日本資訊公開法上資訊公開審查會之相關中文文獻，請參見：范姜真燏，日本資訊公開法救濟程序之探討，東吳法律學報，第17卷第1期，2005年8月，頁36-52。葉淑芳，行政資訊公開之研究—以隱私權益保障為中心，國立中興大學法律研究所碩士論文，1999年，頁234-236。高仁川，資訊公開制度之理論與實際，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年，頁161-163。至於日文文獻，可參照：松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003年，頁299-341。

家賠償請求權，是以，第二次權利保護似亦為頗為重要之議題。惟第三人得否依據國家賠償法之相關規定請求賠償，爭議尚非明顯，是本文為避免問題點過於分散，而有不夠集中之虞，亦排除國家賠償之相關問題。

### 參、研究架構

關於本文之行文架構。首先，於第一章第一節說明本文可能涉及問題意識之所在，並於同章第二節具體指出本文所要處理之問題，與本文之研究範圍與研究架構。其次，於第二章探討第三人提起一般性之救濟程序，即撤銷訴訟與聲請停止執行時，所會面臨之相關問題。主要涉及之問題點有二：第一節乃在討論第三人是否具有撤銷訴訟之原告適格的問題；第二節則是在說明停止執行須如何加以修正，以符合公開決定被定性為第三人效力行政處分所生的問題。再者，第三章則是在討論第三人提起一般性之救濟程序，並不足以有實效性地保障其權利時，第三人可否提起預防性之救濟程序，若可提起預防性之救濟程序，其要件又究何所指。其中乃先在第二節討論日本法之發展，並以之做為第三節我國法討論之借鏡。此外，第四章則是在探討第三人提起上述救濟程序時，資訊公開請求權人得否參與該程序之進行，若得參與其程序之進行，則其參與之類型應如何判斷。其架構亦是先在第二節介紹日本法，於第三節則以其為基礎以釐清我國法應如何運作。最後，於第五章總結以上討論之結果，以期對於政府資訊公開法制中第三人救濟程序之制度解釋與設計，能有所助益。

## 第二章 一般性之救濟程序

### 第一節 撤銷訴訟

#### 壹、概說


人民基於政府資訊公開法請求國家公開某項資訊，而國家亦依其請求而作成公開決定。此時，處分相對人之資訊公開請求權因為國家之公開決定而具體實現，並無任何權利遭受侵害，是以，原則上處分相對人並不會對該處分有所爭執而發生訟爭之情形。惟行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之生命、身體、隱私或營業秘密等權益時，第三人若認為國家所作成之公開決定違法侵害其權利時，第三人可否對該公開決定提起撤銷訴訟以求救濟？其中所涉及之關鍵，毋寧為第三人是否具有提起撤銷訴訟之原告適格。

於從前市民社會之時代，國家主要任務為維持社會的秩序，為防止國家權力之濫用，國家之行政活動須受到法律之約束。在違法行政處分被作成時，關於撤銷訴訟原告適格之判斷標準，於涉及到侵益性行政處分之相對人的情形，學說上一致地認為其具有原告適格，並無疑義存在，此時，撤銷訴訟之救濟管道乃被充分地確保<sup>26</sup>。細究其原因，乃因侵益性行政處分係行政機關有目的而直接地課予相對人不利之行政行為，是以，其即使未干預相對人之憲法各個特殊基本權，也至少干預相對人「可為其所欲，不為其所不欲」之一般行為自由權。基於基本權本身含有對抗國家之主觀防禦權功能，相對人於此時具有主觀公權利自屬無庸置疑。準此，在侵益性行政處分之相對人對處分不服而提起撤銷訴訟的情形，其具有原告適格乃當然之理<sup>27</sup>。

<sup>26</sup> 宇賀克也，行政法概說Ⅱ行政救濟法，有斐閣，2006年，頁163。

<sup>27</sup> 盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，第7期，2001年12月，頁9。

惟隨著時代之演進，人們開始對於國家侵害人民權利之對象是否僅限於處分相對人，產生了疑問。亦即，在國家對於人民作成受益處分而使處分相對人獲得利益時，可能同時使處分相對人以外之第三人的權利受到損害，因而在實體法上提出了所謂「第三人效力行政處分」的概念。反應在訴訟法上，認為一旦在某範圍內肯認第三人受到處分之侵害，則法院於訴訟上須提供第三人保護之見解，自有其必要。此時，如何認定第三人具有權利而遭行政機關違法侵害則成為問題。詳言之，關於撤銷訴訟之第三人原告適格之判斷標準為何？對此問題，無論於學說與實務上均有諸多討論，惟到底要採取哪一個標準，並未如涉及到侵益性行政處分之相對人的情形有所定論，而是呈現有諸多見解相互競爭之局面。此時，究竟要採取何等標準來決定第三人是否具有提起撤銷訴訟之資格？則成為待解決的問題<sup>28</sup>。



於政府資訊公開法下對於上述問題之探討，即第三人是否具有對公開決定提起撤銷訴訟之原告適格的議題，已有相關文獻來討論<sup>29</sup>，反觀我國實務上卻未見有裁判可供參考，是以，學說與實務乃呈現未有任何互動之局面。惟於政府資訊公開法制已經施行一段時間的日本，對於該問題之相關討論似乎較我國熱烈。本文以下，首先，介紹在日本資訊公開法制下，第三人是否具有提起撤銷訴訟之原告適格之實務發展。其次，介紹日本關於撤銷訴訟中第三人原告適格之相關討論。最後，歸納出在我國政府資訊公開法下，第三人是否具有對公開決定提起撤銷訴訟之原告適格，其判斷標準為何及應如何具體操作。

## 貳、日本法上發展

### 一、帝京大學事件

<sup>28</sup> 宇克賀也，行政法概說Ⅱ行政救濟法，有斐閣，2006年，頁163-164。

<sup>29</sup> 例如：謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年。范姜真嫻，日本資訊公開法救濟程序之探討，東吳法律學報，第17卷第1期，2005年8月。

當第三人的資訊被記載於請求公開之文書中時，該第三人對於系爭公開決定是否具有提起撤銷訴訟之原告適格？關於此點，從日本資訊公開法第 20 條第 1 款之規定似乎可以看出立法者所採取的態度。該條規定：「在該當於以下各款之情形，準用第 13 條第 3 項之規定 一、因不合法或無理由而駁回第三人對於公開決定所提起之訴願的裁決或決定 .....。」此處至少透露出兩點訊息：首先，該條文是以第三人得對公開決定，依據該國之行政不服審查法提起訴願為當然之前提，所作之規定。其次，因於該當於第 20 條第 1 款之場合，須準用第 13 條第 3 項之規定<sup>30</sup>。準此，第三人所提起之訴願因不合法或無理由而被駁回之日期與實施公開決定之日期的間隔，須至少相隔二十日，此處亦以該第三人得提起撤銷訴訟而具有原告適格為當然之前提，所做之規定<sup>31</sup>。

惟於地方自治團體的資訊公開條例，無論是在行政改革會的資訊公開法要綱案，或是在資訊公開法案公開發表後所制定或有所修改之資訊公開條例，其立法者皆未有明確之表態。亦即，其大多無設置如中央所設之資訊公開法第 20 條第 1 款之明示規定。是以，第三人對於公開決定提起訴訟是否具有原告適格，在有關於地方自治團體之資訊公開條例中即會成為爭論的焦點。較著名之例子不外乎為宇都宮地方法院於平成 6 年 5 月 25 日所做之判決<sup>32</sup>，一般通稱為該事件為「帝京大學事件」<sup>33</sup>。因不論是高等法院<sup>34</sup>亦或是最高法院<sup>35</sup>皆支持該判決之見解，且於學說上亦圍繞著該判決來討論，是其判斷乃極具有參考之價值。本文以下將對該判決詳加介紹，以期對於我國政府資訊公開法制上第三人是否具有提起

<sup>30</sup> 日本資訊公開法第 13 條第 3 項前段規定：「行政機關之首長，於依據前兩項之規定被給予提出意見書機會之第三人，對於該行政文書之公開提出表示反對之意見書的情形，於作成公開決定之時，公開決定日與其實施日之間至少須相隔二週。」

<sup>31</sup> 宇賀克也，新資訊公開法の逐條解説，有斐閣，2006 年，頁 128-129。

<sup>32</sup> 宇都宮地判，平成 6 年 5 月 25 日，行集，45 卷 5-6 號，頁 1263。此外，本文以下關於帝京大學事件之事實概要與法院之見解皆整理自該判決，合先敘明。

<sup>33</sup> 松井茂記，資訊公開法，有斐閣，2003 年，頁 395。

<sup>34</sup> 東京高判，平成 9 年 7 月 15 日，行集，48 卷 7-8 號，頁 513。

<sup>35</sup> 最 3 小判，平成 13 年 11 月 27 日，判時，1771 號，頁 67。



撤銷訴訟之原告適格有所啟發。

## (一) 事實的概要

在 1986 年 5 月 13 日，作為本案原告之帝京大學，為了預定建設於同縣宇都宮市內之同大學理工學院的設施整備費，向栃木縣申請交付補助金（以下，簡稱「系爭補助金」）。栃木縣於接受帝京大學之申請後，在 1987 年 7 月 3 日，該縣之議會，議決交付總額 10 億元之系爭補助金<sup>36</sup>，依據栃木縣補助金等交付規則（昭和 36 年栃木縣規則第 33 號）與私立大學設施整備費補助金交付要領，原告於接受系爭補助金交付之前，須於系爭補助金交付申請書上添付如下之文件：(1) 理由書、(2) 事業計畫書、(3) 大學的概要與教職員組織表、(4) 學則、(5) 現年度預算書、(6) 前年度收支計算書、(7) 貸借對照表、(8) 財產目錄以及 (9) 其他知事須認識之文件。因此，原告於 1989 年 3 月 14 日向栃木縣添付上述 (1) 乃至於 (8) 之文件、許可證和工程表之各個文件後，隨即向該縣申請交付在系爭補助金當中之 1988 年度的 4 億款項。而栃木縣即於 1989 年 3 月 20 日作出了交付予原告 4 億元的決定，惟確定交付額之實際日期則是在同年 5 月 31 日。

此外，設有住所於栃木縣內之本案訴訟參加人，於 1989 年 3 月 31 日，乃依據栃木縣資訊公開條例第 5 條第 1 項第 1 款<sup>37</sup>，對於被告栃木縣之知事，請求公開原告提出於栃木縣之系爭補助金交付申請書與被添付於同份申請書的各個文件。被告在 1989 年 4 月 13 日，對於系爭補助金交付申請書、理由書、事業計畫書之一部、大學的概要和教職員組織表、學則、認可書和工程表做出了公開，而

<sup>36</sup> 該決議之內容：1、事項：帝京大學理工學院設施整備費補助金，2、期間：從 1988 年度到 1990 年度，3、限度額：總額十億元（1988 年度 4 億元、1989 年度 3 億元、1990 年度 3 億元）。

<sup>37</sup> 栃木縣資訊公開條例之法律性質應相當於我國法上之地方自治條例。惟我國中央法規標準法第 2 條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」可知，於我國法名稱為條例者，乃為中央之立法院通過的法律，而與日本法不同，此乃兩國法制明顯相異之處。

其餘部分的文件不予公開之決定（以下，稱「系爭原處分」）的時候，參加人對於不公開的部分不服，於1989年4月27日，對於系爭原處分提起訴願。因此，被告依據系爭條例第12條，對於同縣之公文書公開審查會請求諮詢。同審查會，在1990年9月7日，在對於關於不公開而聲明不服的文書當中，關於（5）的現年度預算書中之資金收支預算書與消費收支預算書、關於（6）的前年度收支計算書中之資金收支預算書與消費收支預算書以及（7）的借貸對照表，作出各自大科目之部分應予以公開的報告。被告在1990年10月19日，對於參加人所提起的訴願，關於（6）的前年度書之計算書中在資金收支預算書與消費收支預算書中除了預算與差異欄以外的決算欄之大科目部份，與在（7）借貸對照表的1988年度末欄與1987年度末欄增減欄之大科目部份（以下，合稱「該文書」），作出應予以公開之決定（以下，稱「該處分」）的時候，原告認為該文書乃該當於栃木縣資訊公開條例第6條第2款和第5款，因此，主張公開決定乃屬違法，而訴請撤銷該處分，並同時向法院聲請停止執行。

並且，關於本件之理工學部的設置，本案原告已經從宇都宮市拿到了補助金，是以，參加人亦依據宇都宮市資訊公開條例，對於同一份文書請求該市公開。但是，該市對於是否公開則有所保留，尚未作出任何決定<sup>38</sup>。

## （二）本案前的爭點一原告適格

本案訴訟，同時存在著本案前的爭點和本案爭點，而前者乃涉及到原告適格有無的問題。關於在撤銷訴訟上之原告適格有無的問題，其判斷標準為何？通說採取「法律上被保護利益說」為判斷標準，在這一點上，雙方當事人間的見解與通說相同，並沒有不一致。惟關於栃木縣資訊公開條例有無保護第三人之私益一

<sup>38</sup> 此處資料來源，乃參自：宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000年，頁263。

點，原、被告雙方之見解則有不同。

## 1、原告之主張

所謂行政事件訴訟法第 9 條之「有法律上利益者」，乃解為因該處分而使自己之權利或法律上被保護之利益被侵害或有被侵害之虞者。系爭條例，規定若因公開第三人之資訊，將明顯地對第三人產生不利益的場合，將不得公開系爭資訊。由此可知，該條例應具有保護當該第三者之競爭上的地位或其他正當的利益之規範目的，從而，被系爭條例保護之利益即應解為該當於行政事件訴訟法第 9 條之法律上被保護之利益。

在本案，原告帝京大學將因該處分而使其競爭上的地位或其他正當的利益將被侵害或有被侵害之虞，所以原告提起訴訟請求撤銷該處分，應具有上述之法律上利益而具有原告適格，顯無疑義。



## 2、被告之主張

如原告所述，所謂的行政事件訴訟法第 9 條之「有法律上利益者」，應解為因該處分而使自己之權利或法律上被保護之利益被侵害或有被侵害之虞者。並而，在判斷有無法律上被保護之利益時，須綜合地考慮處分所根據之法律之目的、與其密切相關連之法規的立法目的乃至於沿革，以及其各條文全體的趣旨，始得做出一個較為合理之解釋。詳言之：所謂的賦予原告適格基礎之法律上利益，乃是行政法規透過該處分所欲保護之個別利益。至於，所謂的行政法規，則未必限於系爭處分所根據之規定。亦即，在解釋有無法律上利益時，除了須考量該處分所根據之規定外，尚須斟酌當該行政法規的其他關係規定，以及該法規全體的趣旨目的。若綜合上述要素來考量後認為，該當行政法規所欲實現之利益，

乃一般抽象之利益而得完全包含於公益中時，則該利益不能稱得上法律上之利益；惟若認為當該行政法規所保護之全部或一部之利益，甚為具體而無法解消吸收於公益中，始得該當於系爭法律上之利益。

於本案中，雖然原告主張強制地公開該文書，將阻礙大學之自主性、獨立性，進而將對大學之自治與營運產生不利益之影響。但是，系爭條例並無明示原告所主張之個別利益，假如合理地解釋系爭條例各該規定，即可得知各該規定皆在使資訊公開請求權獲得充分地保障，是以為了能夠適切地實現人民之資訊公開請求權，應將該大學之自治與營運的利益解釋為僅僅是反射利益乃至於事實上利益，該條例之相關規定，並不具有透過該公開處分來保護第三人之個別利益的意旨。因此，本案原告並沒有請求撤銷該處分之法律上之利益，而欠缺原告適格，法院應以本件訴訟不適法來駁回之。

### 3、法院之見解

由上述可知，原告認為，系爭條例應具有保護當該第三者之競爭上的地位或其他正當的利益之規範目的，從而，該利益得解釋為該當於行政事件訴訟法第9條之法律上被保護之利益。但是，被告卻主張，該條例並不個別地保護原告所主張之利益，如果合理地解釋該條例之各個規定，原告所主張之利益僅止於反射利益或者是事實上之利益，準此，原告並沒有請求撤銷該處分之法律上利益。因此，關於本案原告是否為適格之當事人，雙方之見解並不一致，而成為須法院作出判斷之本案前的爭點。

問題之關鍵即為，枋木縣資訊公開條例是否個別地保護原告所主張之利益？法院認為，在系爭條例的場合，首先，在第3條規定：「實施機關須立於充分地保障縣民請求公開公文書之權利的立場，來解釋、運用本條例。於此情形，實施

機關須以最大限度來顧慮，而不得恣意地公開個人之秘密或者其他不願被他人知悉之個人資訊。」其次，在第 6 條規定：「實施機關，對於記載以下各款資訊之公文書，不得公開之」，同條第 2 款即揭示：「關於法人或其他公共團體（國家及地方自治團體除外。以下，稱「法人等」）或者關於個人經營事業之資訊，若公開之，顯將導致該法人等或經營該事業之個人不利益的情形。」此外，關於栃木縣的公文書之公開處理綱要第 2 條規定：「關於第三人之資訊記載於被請求公開之公文書中時，為作為決定是否將該公文書公開之參考，以下事項須聽取該第三人之意見」，可知，系爭條例已意識到，成為請求對象之個人、法人或其他團體的秘密乃至於隱私，乃是與資訊公開請求權相互對立的具體利益，並且亦顧慮到不得因為行政機關之公開決定而使該第三人的權利受到不當之侵害。既然，該文書記載著關於原告帝京大學如何經營學校之資訊為雙方所不爭執之事實，因此，於本件判決，法院乃認為原告對於該處分提起撤銷訴訟應該具有法律上之利益而具有原告適格。



### （三）栃木縣資訊公開條例第六條第二款之該當性

在本案最大的爭點，乃是依據該處分所被公開之文書，是否該當於栃木縣資訊公開條例條例所規定之不公開事由。該條例第 6 條第 2 款規定：「實施機關，對於記錄以下各款資訊之公文書，不得公開之... 二 關於法人或其他公共團體（國家及地方自治團體除外）或者關於個人經營事業之資訊，若公開之，顯將導致該法人等或經營該事業之個人不利益的情形。」亦即，若因公開而使法人遭受到不利益，得例外不公開該資訊。該規定的旨趣，不但承認法人作為社會構成員之經營事業活動的自由，且對於其事業活動上之利益亦充分地予以尊重與保護，而宣示應避免隨意地對該法人造成營業上之不利益。

至於，原告是否因系爭文書之公開而受有不利利益？原告於本案採取肯定之主張，其理由有二。其一為，因公開該等資訊，將使其經營上之秘密與專業知識會被其他學校法人所知悉，原告將因此承受經營上之不利利益。其二為，若外界知悉該等資訊，將使原告承受來自於不特定之第三人的批判，如此一來，原告恐怕會因而失去信用。

關於原告之上述主張，該判決認為，因系爭條例第 6 條第 2 款規定乃是保護與資訊公開請求權處於對峙局面之法人的事業活動上利益，是以，此處所謂的「顯將導致該法人等或經營該事業之個人不利利益」，應解為，若公開系爭資訊，將損害該法人之競爭上的地位或其他正當之利益。亦即，會危害該法人之事業活動、事業營運、名譽、信用力、社會的評價、社會活動的自由，且危害之情事在客觀上甚為明白或顯然<sup>39</sup>。至於，前年度的收支計算書當中，在資金收支計算書及消費收支計算書中關於除了預算欄及差異欄之決算欄的大科目部份，以及關於在借貸對照表中 1988 年度末欄和 1987 年度末欄與增減欄之大科目部份，公開該等文書，不可否認地，與原告處於競爭地位之其他學校法人某程度地可以知悉原告的財務狀況。惟得否因此即認為，公開該文書即顯會帶給原告經營上之不利利益，而

---

<sup>39</sup> 另外，學者宇賀克也對該條例有所詮釋解釋，其認為：『雖然條例上僅僅使用「不利利益」的用語，而非表明「顯著之不利利益」，但是，仍不應該將其解為包含「輕微之不利利益」。即使對照前述之該條例第 3 條前段，系爭條例第 6 條第 2 款的所謂的「不利利益」，應解為乃是足以承認資訊公開基本原則之例外的「不利利益」。此外，該條例第 6 條第 2 款，在但書所規定的「為了保護因為法人等或個人之事業活動所危害之人的生命、身體或健康，而有公開必要之資訊」排除於不利利益之資訊之外。準此，是否該當於第 6 條第 2 款所謂的不利益資訊之利益衡量，依據但書所來運行，而認為既然不該當於但書之規定，則不管不利利益之程度如何，一律解為該當於第 6 條第 2 款本文之見解或許也是有的。可是，這個但書，因為相較於法人等之事業活動的利益，所謂保護人的生命、身體或健康之利益顯較優越，在有必要保護後者之情形，因為公開，即使給予法人等之不利利益的程度很大，還是明白地表明必須公開。是以，為了判斷哪一種情況是該當於該條例第 6 條第 2 款本文所謂的不利益之利益衡量，可以說和立法者已在但書規定做了價值判斷之情形，有所不同』。該見解與系爭判決對於該條例之詮釋，精神可謂一致。參見：宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000 年，頁 270。

該當於本條例第 6 條第 2 款？這可能還要再做更多的分析比較，始能得出結論。

首先，在判斷哪一種情況該當於這裡所謂的「顯將導致該法人等或經營該事業之個人不利益」之時，該法人之性格亦必須列入考慮。學校法人，以不妨礙私立學校之教育為限，也可以從事營利事業，但是，須把該收益充當學校之經營（私立學校法第 26 條第 1 項）；而且，營利事業的種類，該校所在之縣政府須聽從私立學校審議會或大學設置、學校法人審議會的意見來作決定（同條第 2 項）。由此可知，私立學校亦帶有公共的性格。特別是，接受政府經營經費之補助金的學校法人，依據私立學校振興助成法第 14 條第 1 項、學校法人會計基準（昭和 46 年文部省令），私立學校對於借貸對照表和收支計算書中不被視為大科目之小科目，亦有記載之義務。此處，關於接受公費補助之學校法人的經營，即使未被課予公開其經營資訊之義務，該等規定也可以說是立法者對於資訊公開感到興趣的表現。

並且，日本私立大學團體聯合會，於 1989 年 7 月 3 日所規定的綱領，宣示學校法人之資產不歸屬於私人所有而享有所謂的公共性格；而且，為實現該綱領所宣示的指針，對於學校法人營運資訊之公開，亦規定須向學校之利害關係人公開資金收支計算書、消費收支計算書、借貸對照表等之大科目部份。惟該綱領並非法規，而沒有法律上之拘束力，其經營資訊的公開與否乃委諸於各學校法人自主判斷。此外，該綱領規定，其公開之對象僅限於學校之利害關係人，而非向一般之國民公開。可是，學校之利害關係人於法律上並無擔負守密之義務，是以，向學校之利害關係人公開其資訊的同時，即內含著向一般國民傳播之潛在的可能性。此處，即是鑒於私立學校之公共性格，須公開資金收取書、消費收支計算書、貸借對照表之大科目之部分，來滿足社會大眾對於私立學校營運狀況之關心，又因僅公開大科目之營業資訊，未必會造成該私立大學不利益；且即使對於該私立學校之營運造成不利益，也是鑒於大學的公共使命，而屬於其可忍受範圍內之不

利益。由上述即可得知，公開系爭文書並不會對原告造成經營上之不利益；即使造成原告經營上之不利益，其公共性格亦是做為造成原告不利益之情形並非客觀地明顯的有力佐證<sup>40</sup>。

其次，依據記載於該文書之大科目的數值，雖然極可能對其財務加以分析，但是原告以外之人僅依據該等資訊來分析原告之財務狀況，而沒有得到資訊提供者對該經營資訊之詳細說明，應該僅能夠窺知該學校法人之大概狀況，要在客觀上要作出較細緻之判斷應該極為困難。詳言之，因公開該文書所能得知的資訊，客觀地來說，原告獨自所擁有之經營上秘密與特別之營業知識被其他學校給知悉，然後模仿原告獨特之經營型態，進而妨害原告之競爭上之地位和其他的正當利益，乃不大可能會發生之事。

最後，因系爭文書之公開，並不大可能會損害原告之客觀的競爭地位與其他正當的利益，所以假如依據該資訊，原告會遭受到來自於第三人之批判，亦未必會阻害原告之大學自治與自主之學校營運等權益。並且，因僅公開該等文書之大科目的部分，對於原告之具體且深入的惡意批判所須掌握之特別資訊並不會被公開，是以，原告所主張之因為來自於第三者之批判而恐怕會導致原告之信用低下等情形，僅止於抽象的可能性乃至於主觀的畏懼，其發生之可能性，客觀上並非極為明顯。

綜合以上各點，法院認為，前年度的收支計算書當中，在資金收支計算書及消費收支計算書中關於除了預算欄及差異欄之決算欄的大科目部份，以及關於在借貸對照表中 1988 年度末欄和 1987 年度末欄與增減欄之大科目部份，公開該等

---

<sup>40</sup> 此外，在 1995 年 6 月 26 日文部省所做成之「關於高等教育之行政監察」的勸告，即指出確保學校法人之會計透明性的必要性。參見：宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000 年，頁 268。



文書，不可否認地，與原告處於競爭地位之其他學校法人，對於原告的財務狀況可以某程度的知悉，惟其帶給原告之不利益，其情形客觀上尚非極為明顯，因而還是不能夠因此即認為，系爭文書該當於該條例第 6 條第 2 款之規定。

#### (四) 栃木縣資訊公開條例第六條第五款之該當性

原告主張系爭文書乃是屬於非公開文書的理由，所援用之條文之一乃栃木縣資訊公開條例第 6 條第 5 款。該條款規定：「縣之機關或者國家在進行檢查、監督、取締、爭訟、交涉、投標、試驗或其他事務之資訊，依該事務之性質，若公開該等資訊，將喪失實施該事務或同種事務之目的，或者該等事務公正或適切之實施恐有顯著之困難。」

原告主張，其於向栃木縣提供系爭文書的時間點，栃木縣並沒有說明依據資訊公開條例該文書可能會被公開，所以原告當時並無認識到該點。若事後隨意地公開系爭文書，被告之舉止對於原告而言乃重大誠信之違反，被告與原告之信賴關係、協力關係將產生阻礙，今後，栃木縣再要求原告任意地提供相關資訊，以遂行其補助金交付之相關任務，將會有所妨害；再者，若強制原告非依其自主判斷來公開其經營之資訊，對於吸引其他學校法人來栃木縣設置學校一事，也會變得更加的困難，進一步主張系爭文書之公開會損害全體縣民接受高等教育之利益。

惟細究之，系爭文書究竟是否該當於該條例第 6 條第 5 款之不公開文書，並非十分地明確，即使該當於該條例所謂的「其他的事務」，如前所述，因該文書之公開而給予原告之不利益客觀上尚非明顯；並且，原告在向栃木縣要求交付系爭補助金乃是在 1986 年 5 月 13 日，於該時點，系爭條例早已公布，從該條例之

附則，即可得知該條例從同年 10 月 1 日起將會被實施。是栃木縣於取得該學校法人資訊之時，並沒有必要逐一地向其教示系爭條例之存在。準此，原告對於因被告沒有告知而不知道已被公布之條例已存在，被告若公開其經營資訊將違反誠信原則之主張，並無理由而不成立。

尚且，其他的學校法人在判斷是否建校於栃木縣之際，須綜合地判斷補助金的多寡、當地環境等諸多要素，而依據栃木縣資訊公開條例，其添付於補助金交付申請書之有關營運的文書可能會被公開，即使成為考慮要素，只不過是眾多考慮要素之一。且如前所述，日本私立大學團體聯合會所作關於資訊公開之宣言，僅止於不具法律上拘束力之方針，惟事實上，基於該宣言，實施資訊公開之學校法人的數量亦不在少數。準此，並不會僅因系爭文書之公開，栃木縣對於大學之吸引即變得極為困難。

綜上所述，法院認為，假若即使系爭文書被公開，在社會通念上，損害原告和栃木縣間的信賴、協力關係的客觀情事並不存在，而且，在栃木縣設置大學乃至於學院的學校法人也不斷的增加，今後，栃木縣吸引以大學為首之高等教育機關並不會有顯著的困難。因此，公開系爭資訊將不會妨害栃木縣吸引高等教育機構以提升其縣民教育水準提升之行政上目的，而不該當於系爭條例第 6 條第 5 款，實施機關實無不予公開之正當理由<sup>41</sup>。

## （五）小結—問題意識之形成

---

<sup>41</sup> 附帶一提，雖然本判決認為該文書不該當於系爭條例第 6 條第 2 款與第 5 款，但是假如該當的場合，則會有該規定是禁止公開之規定還是公開義務之免除之規定，即會成為問題。通說採取該條例第 6 條只不過是公開義務免除的解釋。參見：宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000 年，頁 270。

如前所述，本件判決之爭點有三，分別為原告適格之有無、該條例第 6 條第 2 款之該當性以及該條例第 6 條第 5 款之該當性。本章之討論主題為第三人對於公開決定是否具有提起撤銷訴訟之第三人適格，準此，以下將擬集中於第一個爭點來討論，其他實體上之爭點不在本文主要之討論範圍內，僅附帶提及之，以避免失焦，在此合先敘明。

在本案原告適格有無之判斷標準，雖然原告與被告似乎均採取相同之見解，即所謂「法律上被保護利益說」，但是其採用相同之學說來判斷後，卻產生不同之結果。亦即，原告認為，該條例應具有保護當該第三者之競爭上的地位或其他正當的利益之規範目的，從而，其自身利益應得解釋為該當於行政事件訴訟法第 9 條之法律上被保護之利益。但是，被告卻主張，系爭條例並不個別地保護原告所主張之利益，如果合理地解釋該條例之各個規定，原告所主張之利益僅止於反射利益或者是事實上之利益，準此，原告並沒有請求撤銷該處分之法律上之利益。對於系爭條例之規範目的會有如此南轅北轍看法，乃涉及到在適用「法律上被保護利益說」時，應採取如何之解釋態度？

本文下一節，為求體系之聯貫，將先對「法律上被保護利益說」之內涵做說明；其次始介紹在適用「法律上被保護利益說」之前提下，應採取如何之解釋態度，始為妥當；最後，將再檢討於本判決法院見解之當否。以期能夠討論出在資訊公開之法制下，第三人對於公開決定所提起之撤銷訴訟，是否具有原告適格之結論。

## 二、第三人原告適格之一般性判斷基準

如同前述，原告適格之問題，為關於處分外之第三人能否有此資格提起撤銷

訴訟之問題<sup>42</sup>。日本在二次大戰前，在明治憲法下的行政法院時期，僅限於因行政處分而使權利受損者始得提起撤銷訴訟。惟在其後的行政事件訴訟特例法時代，雖然並未就原告適格有任何規定，但通說和判例皆認為，不以權利受侵害為限，只要擁有具有法律上被保護之正當利益，即具有原告適格。在 1962 年行政事件訴訟法制定時，為了明示撤銷訴訟是屬於主觀訴訟，於第 9 條就原告適格而為規定：「撤銷處分訴訟以及撤銷裁決訴訟（以下簡稱撤銷訴訟），以撤銷該處分或裁決有法律上利益者為限（包含即使處分或裁決之效果因期間之經過或其他理由而解消後，因處分或裁決之撤銷而仍有可得回復之法律上利益者），始得提起之。」亦即，此規定指出得為原告者，不以處分相對人為限，對於撤銷該處分有「法律上利益」即可，可謂是將行政事件訴訟特例法時代之通說與判例見解明文化。惟何謂「法律上利益」，本條則無進一步之說明，準此，法院若單憑行政事件訴訟法第 9 條之規定來判斷是否具有原告適格，實有其困難，不得不委由學說與判例的發展來將「法律上利益」的內涵具體化<sup>43</sup>。在學說之爭議中，主要有「法律上被保護之利益說」與「法律上值得保護之利益說」，前者為學界通說，並且為最高法院之判例所採。但是後者，在學者當中也獲得有力的支持，以下就此學說爭論做簡單介紹。

## （一）學說爭論

現行之行政事件訴訟法所定之有法律上利益者，有原告適格。此一法律上利益的範圍，如前所述，須委由學說與判例的發展來決定。惟撤銷訴訟之制度目的主要有二：其一為保護國民權利或利益不被違法之行政行為侵害；其二為基於依法行政的原理，實質地擔保行政作用之合法性。是以，關於撤銷訴訟原告適格之

<sup>42</sup> 關於日本法上第三人原告適格的國內文獻，請參見：林美鳳，「日本行政事件訴訟法修正與原告適格理論之變化」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編』，2005 年 12 月。本文以下之行文架構，乃參酌自該文。

<sup>43</sup> 宇賀克也，行政法概說 II-行政救濟法，有斐閣，2006 年，頁 164。

學說，基於對撤銷訴訟之機能或目的所著重方向之不同，而可區分為：1、權利救濟說；2、處分適法性保障說；3、法律上被保護之利益說；4、法律上值得保護利益說。權利救濟說係以原告適格僅以權利受侵害者為限<sup>44</sup>，此一說法係以明治憲法第 16 條與行政法院法為依據，其以權利受侵害作為撤銷訴訟的提起要件，裁判機能與目的係以保障實體法上的權利為根據。處分適法性保障說認為，撤銷訴訟之機能係在於維持行政處分之適法性，而不重視主觀之個人利益的保護，對於適法性之回復有利益者，承認其原告適格。換言之，即是從承認誰具有原告適格較為適切的立場，來判斷原告適格之所在的學說<sup>45</sup>。

此兩說，前者之權利救濟說，如前所述乃是在舊憲法以及現今憲法下之行政法院法下被提出之學說，因於現行之行政事件訴訟法第 9 條並非規定「權利的毀損」而是規定「有法律上利益者」之下，該說以失去其作為學說之意義。後者適法性保障說，在制度上撤銷訴訟被設定為主觀訴訟下，該說卻將撤銷訴訟理解為客觀訴訟並且擴張原告適格的範圍，姑且不論該說在立法論上之當否，該說明顯與現行制度不相符合，而無法作為解釋論的依據<sup>46</sup>。因此，在權利救濟說與處分適法性保障說皆不可採的情況下，法律上被保護之利益說與法律上值得保護之利

<sup>44</sup> 由此可知，日本法上乃認為「權利」與「法律上之利益」兩者之不同。我國行政訴訟法第 4 條亦以人民之「權利」或「法律上之利益」受侵害為前提，始得提起之，似亦有意區分二者。惟本文認為，所謂公法上之權利本即屬法律保護之利益，而爭訟可能性之賦予，正是法律提供保護最典型之方式。至於所謂法律上之利益，無論其形式上是否享有權利之名，法律既已承認其具有爭訟可能性，也就是有透過訴訟維護該利益之法律上之力者，自亦屬權利無疑，故兩者實為一體之兩面，難以強作區分，亦無區別實益。盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，第 7 期，2001 年 12 月，頁 19-20，即採此見解。

<sup>45</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 332-333（前田順司執筆）。

<sup>46</sup> 現今日本通說將行政訴訟之類型，區分為主觀訴訟與客觀訴訟。主觀訴訟可分為抗告訴訟與當事者訴訟；而客觀訴訟則可分為民眾訴訟與機關訴訟。其中撤銷訴訟為抗告訴訟類型之一。國內文獻對於日本行政訴訟類型之介紹，可參見：林素鳳，「日本行政訴訟制度法制之革新-以 2004 年之相關修正為中心」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第 4 輯』，司法院，2005 年 12 月，頁 554-560。惟上揭抗告訴訟與當事者訴訟，乃是以原告直接攻擊之對象是否為行政處分為區分標準；而民眾訴訟與機關訴訟其實均有成為抗告訴訟與當事者訴訟之機會，是抗告訴訟、當事者訴訟、民眾訴訟與機關訴訟之平行並稱的立法方式是否妥當，似值得商榷。該見解請參見：林明昕，「論行政訴訟法上之訴訟類型-從日、德比較法制觀察」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第 4 輯』，司法院，2005 年 12 月，頁 591-600。

益說遂成為學說上兩大爭議理論<sup>47</sup>。

法律上被保護之利益說係以因行政處分而使自己的權利或者法律上被保護之利益，受到侵害或者必然地有受到侵害之虞者，而承認其原告適格。亦即，此一法律上被保護之利益，是指行政處分所根據之行政法規，以保護私人等權利主體之個人利益為目的，而對於行政權之行使課予約制，所被保障之利益。如果行政法規係以其他目的，特別是公益之實現為目的，對於行政權之行使課以制約的結果，偶然地使某人受有利益，該利益則為反射利益或只是事實上之利益，此應與上述之法律上被保護之利益相區別<sup>48</sup>。

該說之理論根據有如下幾點：1、抗告訴訟是以排除行政處分之公定力而圖謀國民權利或利益之救濟為目的的制度，行政作用適法性的保障或者法秩序的確保只不過透過國民權利或利益之救濟的附隨結果。2、第9條規定「有法律上利益者」享有原告適格，基於文義解釋，一方面不限於權利而是採取較廣泛的概念，他方面僅僅是擁有事實上、經濟上的利益者並無原告適格。3、關於被設計成主觀訴訟之撤銷訴訟原告適格，乃依據實定法的規定來考察法律上的利益，給予了法院在決定原告適格的範圍時有具體客觀之標準，除了能夠確保法之安定性外，也能夠防止撤銷訴訟原告適格無限制地擴大而產生客觀訴訟化之現象<sup>49</sup>。

惟法律上被保護的利益說並非完美無缺，仍有不少缺失，如：1、公益與私益並非本質上區別，原本為保護私益之規定，亦得解釋為僅為保護公益之規定。2、即使憲法上之權益被侵害，若非法律上權益，仍無原告適格，並不合理。3、依從立法者意思來判斷原告適格，無異採取「列舉主義」，與行訴法所採用「概括主義」的旨趣不符。4、立法時所沒有預想到之新興權益，無法獲得救濟。5、

<sup>47</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁333（前田順司執筆）。

<sup>48</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁332（前田順司執筆）。

<sup>49</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁333（前田順司執筆）。

法律具有保護特定利益之目的，僅為虛構或假定。總結來說，法律上被保護之利益說係以實體行政法規為唯一基準來限制原告適格之範圍，使得國民得以提起訴訟的範圍變小，而且訴訟要件審理階段，就以實體法規之旨趣、目的等複雜的解釋論來議論，事實上只是容許恣意的解釋論而已<sup>50</sup>。

因此，學者們當中也有人主張法律上值得保護利益說，該說並非以因行政處分所受到不利益，是否為所依據之行政法規係保障個人利益之實體法的觀點來考察，而是從該利益是否值得司法救濟的觀點來判斷是否有原告適格，就算該利益不被行政法規所保障而僅是事實上之利益，如其所損害是直接且重大的時候，亦應承認其原告適格<sup>51</sup>。

該說之理論根據有如下幾點：1、於現代社會，隨著行政的基本性格已經從秩序維護行政轉變為給付行政，帶來行政手段的多樣化、行政的介入增大、秩序維持行政的計畫行政化、對於私人公行政之依存性的增大等等，因為行政處分而使國民的權利或利益被侵害的事態變多，為了守護國民的權利或利益，採取法律上值得保護利益說可謂是糾正違法之行政處分的適切方法。2、因為組合複數的行政手段之行政作用，其過程日趨複雜化而深深地影響私人的生活，是以，所謂法律上被保護之利益說中的一般公益與個人私益的區分，並不是那麼地明顯。3、以因市民廣泛地參加行政過程而使依法行政原則得以實現之見解為前提，關於撤銷訴訟之原告適格，不能僅從自由國家之個人的既得權保障的觀點來討論該問題，也應該從追求行政之介入以實現公共利益之觀點來考慮之，基於上述之立論，原告適格的要件應該從行政實體法規的解釋來解放，原告因行政處分所受之直接的不利益，該不利益如果適合以裁判來保護的話，則承認其有原告適格<sup>52</sup>。

<sup>50</sup> 宇賀克也，行政法概說II-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁167-168。

<sup>51</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁332（前田順司執筆）。

<sup>52</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁333-334（前田順司執筆）。

惟對於法律上值得保護之利益之見解，法律上被保護之利益說有如下之批判：1、法律上值得保護之利益說不區分法律上之利益與事實上利益，只要該利益受到直接且重大侵害的時候，即應承認其原告適格，明顯地與第9條僅保護法律上利益之規定不相符合；2、此外，撤銷訴訟為主觀訴訟而非客觀訴訟，若採法律上值得保護之利益說而認為在沒有個人之法律上權益受損時亦可能的提起撤銷訴訟，將使得屬於主觀訴訟的撤銷訴訟有朝向客觀訴訟之傾向，其結果將招致濫訴，並有破壞行政權與司法權的平衡之虞；3、而且其判斷原告適格有無之基準也不明確，容易流於法官之恣意解釋，是以，對於法院在有無原告適格之裁判，當事人不容易信服，法院原來在定爭止紛之基能並無法實現，法秩序將有陷於混亂之虞<sup>53</sup>。

關於法律上被保護之利益說與法律上值得保護利益說之爭執，歸結到最後乃涉及到司法權之性質與機能。亦即，法律上被保護之利益說重視救濟因行政作用而使國民的權利或利益所受之損害，而認為貫徹依法行政原則僅是附隨之結果；惟法律上值得保護利益說則是強調實質地擔保依法行政原則之實現，對於因為違法的行政作用所生的國民不利益給予廣泛救濟之立場。通說立於撤銷訴訟為主觀訴訟之立場而採取法律上被保護之利益<sup>54</sup>，但是採取法律上被保護之利益說之學者，也贊同法律上值得保護利益說對於因為違法的行政作用所生的國民不利益給予廣泛救濟之立場，具體考慮受害情形保護之必要性，而擴大根據法令的範圍，給予當事人充份之救濟機會。並且法律上值得保護利益說在討論原告適格有無時，也不能無視於根據法令之旨趣與目的，使得該說之判斷基準較為具體明確。事實上隨著判例發展，此二理論爭議並非對立，而是相互接近<sup>55</sup>。

<sup>53</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁334（前田順司執筆）。宇賀克也，行政法概說Ⅱ-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁168。

<sup>54</sup> 南博方/高橋茲編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁258（畠山稔=福田千惠子執筆）。

<sup>55</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁140。



## (二) 最高法院判例之發展

### 1、初期判例的立場

在最高法院初期的判決，採取嚴格適用理論，有縮小原告適格範圍的趨勢，於 1978 年的主婦連果汁標示訴訟即為適例<sup>56</sup>。此一事件公正交易委員會對於社團法人日本果汁協會所申請果汁標示方法的公正競爭規約，給予認定處分。對於此一認定處分消費者團體主婦聯合會根據不當贈與品類與不當表示防止法（景表法）規定，提起不服審查，被駁回後，提起行政訴訟。訴訟中消費者之原告適格為一爭議問題。最高法院在此一事件，否定消費者之原告適格。其認為所謂「有法律上利益者」，乃指因該處分而必然地使自己的權利或者是法律上被保護之利益受侵害，或者是有受侵害之虞的人。如果該行政處分所根據之行政法規，所保障之不特定多數者的具體利益無法被一般公益所吸收解消的話，該不特定多數者之具體利益即使是屬於個人之私益，但因被法律所保障，是以該當於第 9 條之法律上被保護之利益。因該行政處分而被侵害或者是必然地有被侵害之虞的人，對於該行政處分的撤銷訴訟有原告適格。此外，在該判決當中並提出區分「法律上利益」與「反射利益」的標準，其認為如果行政法規係以私人等權利主體的個人利益保護為目的，而對行政權之行使課予約制的話，該被法律所保護之利益即為法律上利益；如果行政法規是以其他為目的，特別是公益為目的的話，其對行政權之行使課予制約的結果，偶然地使一定的人獲得利益，則該利益僅是反射利益。在此一大前提下，認為表景法的規定，僅是公益的實現，一般消費者利益保護僅是公益保護的一環，因此主婦連不具原告適格。

關於主婦連果汁標示訴訟得作出下列三點結論：1、對於原告適格的判斷，

---

<sup>56</sup> 最高判，昭和 53 年 3 月 14 日，民集，32 卷 2 號，頁 211。

採取法律上被保護之利益說；2、「法律」的範圍受到限定，僅以當該處分所根據之法令為限，而不包含當該處分所根據以外之法令；3、因為採取法律上被保護之利益說，是以理所當然地須區分公益與私益之不同。此一訴訟形成了最高法院的一個重要先例，並且為多數下級審裁判所沿用。此一公益與個別利益區別論，在後來幾個法院判決中被援用，並且多認為相關根據行政法規僅止於公益保護，不能承認具體保護個人利益，而不具有原告適格<sup>57</sup>。

主婦連果汁標示訴訟之後的 1982 年長沼 Nike 基地訴訟判決當<sup>58</sup>，仍然是沿用上述理論，但是在判斷原告適格的方法中，下級法院對於法律的範圍，採取最嚴格之解釋，亦即僅限於該行政處分所根據的實體要件法規。但是，最高法院則放寬行政處分所根據法令的範圍。此一事件，在北海道長沼町的國有保安林為航空自衛隊 Nike 基地建設用地所需，因此農林水產大臣以此一理由解除保安林之指定。對於該解除指定處分，居住於同町的居民認為此一解除指定處分為違法，遂提起撤銷訴訟。在判決當中，對於保安林指定有直接利害關係者的解釋，成為本案原告適格判斷的基準，從森林法的規定中，住民在指定解除程序中可以提出意見書，並得參加公聽會程序（森林法第 29、30、32 條），法院即以居民之程序參加權規定的存在為理由，承認其原告適格。同時舊森林法當中，亦賦予直接利害關係人得以提起訴願與行政訴訟，亦得支持該論點。

在長沼 Nike 基地訴訟判決中，最高法院在採取法律上被保護之利益說的前提下，認為法律的範圍不僅包含該行政處分所根據的實體要件法規，亦包含該行政處分所根據的程序要件法規。由此觀之，雖然有放寬法律的範圍，但是並不包含與行政處分所根據法規目的共通之相關聯規定，就此點而言，其法律範圍相當

<sup>57</sup> 芝池義一，行政救濟法講義，有斐閣，2004 年，39 頁。

<sup>58</sup> 最高判，昭和 57 年 9 月 9 日，民集，36 卷 9 號，頁 1679。

狹隘<sup>59</sup>。是以，初期最高法院所採取法律上被保護之利益說，在具體適用上趨於嚴格，亦即其所採用之判斷基準較為僵硬可謂為其最大的特徵。

## 2、判例立場的緩和

在 1985 年伊達火力發電廠訴訟的最高法院判決中<sup>60</sup>，關於法律的範圍，不僅以法律明文規定者為限，如果從法律合理解釋可以導出其有原告適格的話，亦是肯認的。此一判決對於法律上被保護利益說之「法律」的範圍，提示了一個可能擴大解釋的方向。此外，在 1987 年關於里道的廢止之最高法院判決中<sup>61</sup>，亦認為在有重大利益侵害之場合，應承認其原告適格，而重視現實救濟的必要性。

在 1989 年新潟機場訴訟判決中<sup>62</sup>，最高法院沿用前述主婦連果汁標示訴訟以及長沼 Nike 基地訴訟以來關於「法律上利益」的解釋方法，仍繼續沿用公益與私益之區別理論，而關於法律上被保護利益說之「法律」範圍，前述兩個判決，係以行政處分之根據規定本身為限，惟本案則不以行政處分之根據規定本身為限，應考慮關聯法規之法體系解釋，來判斷是否有保護第三人之個別私益。在判斷定期航空運送事業免許處分所根據法規即航空法之目的時，亦應考量相關聯規定之飛行場週邊航空機噪音防止法，而認為航空法所規定之定期航空運輸事業的

<sup>59</sup> 關於法律上被保護利益說之法律上範圍的理解，其範圍之大小，若參照：南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 336（前田順司執筆）。理論上有下列之不同類型：

- (a) 僅包含該處分所根據之法律
  - 1、僅包含規範該處分之實體要件之法律
  - 2、僅包含規範該處分之實體要件與程序要件之法律
  - 3、僅包含規範該處分之實體要件與程序要件之法律，其目的及全體條文之趣旨
- (b) 該處分所根據之法律以外之法律亦包含在內
  - 1、憲法亦包含在內
  - 2、其他實定法亦包含在內
  - 3、習慣法及全體法秩序亦包含在內

<sup>60</sup> 最高判，昭和 60 年 12 月 17 日，判時，1179 號，頁 56。

<sup>61</sup> 最高判，昭和 62 年 11 月 24 日，判時，1284 號，頁 56。

<sup>62</sup> 最高判，平成元年 2 月 17 日，民集，43 卷 2 號，頁 56。

許可要件當中，在確保航空事業經營上以及航空保安之基礎上，亦要求主管機關為許可決定時，對於住在機場周圍的居民，須考慮其是否受有飛機噪音的損害及其受害程度為何。亦即，航空法上不受噪音被害之利益，應解為在法律上受保護之個人利益。因此，受到顯然超過一般社會觀念的飛機噪音被害之人，應承認其有原告適格。

此判決在解釋法律上被保護利益說之「法律」範圍，並不以行政處分之根據規定本身為限，尚應考慮關聯法規之法體系解釋，來判斷是否有保護第三人之個別私益。在尚須考量「目的共通關聯法規」來為法律上利益的判斷上，其在某個程度，已與目前為止的最高法院判決有其不同。亦即形式上已以「目的共通關聯法規」來擴大「法律」範圍<sup>63</sup>。

其後，在 1992 年もんじゅう核能電廠訴訟的最高法院判決當中<sup>64</sup>，對於原告適格的判斷方法也是採取柔軟解釋的方法，肯定周邊居民的原告適格。此一事件係動力爐核燃料開發事業團計畫在福井縣敦賀市建造一座高速增殖爐的核能發電廠，並擬出運轉計畫，向內閣總理大臣申請原子爐設置許可，其後取得許可。對於此一許可，核能電廠周邊的居民，認為原子爐的設置和運轉，將會對附近居民造成生命身體等直接且重大的損害，因此居民對該許可提起無效確認之訴。最高法院在判決中，除了引用前述幾個最高法院見解外，對於所根據行政法規是否具有保護不特定多數人之具體利益，其認為「應該考慮該當法規旨趣與目的、該當法規欲透過該處分所欲保護之利益內容及性質而為判斷」。具體而言，本案的許可處分所根據行政法規為核原料物質、核燃料物質及原子爐規制法第 23、24 條規定，其中第 24 條第 1 項第 3、4 款規定係為了防止災害發生，所為的各種相關技術要求規定，因此第 3、4 款規定的要件審查如有過錯的話，有可能引起重

<sup>63</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 141。

<sup>64</sup> 最高判，平成 4 年 9 月 22 日，民集，46 卷 6 號，頁 571。

大事故，使得附近居民受到損害的蓋然性會提高，特別是生命、身體等直接的重大損害是可以想像的。因此考量第 3、4 款規定的旨趣與目的以及損害的性質，第 3、4 款規定之目的不僅是保護公眾生命身體的安全或環境上的利益等一般公益，而係為了保護因事故發生而受到直接重大損害之居住於一定範圍內的居民之個別利益，在此一特定範圍內居住之上訴人應有原告適格。

本判決不僅是從各個行政法規的法體系關聯性來解釋原告適格的可能性，更進一步從被害利益的嚴重性（生命、身體的受害）來擴大原告適格的範圍。該等對於處分所依據法規之解釋方法，事實上已使法律上被保護之利益說帶入法律上值得保護利益說之精神，重視人民對於受損之現實救濟的必要性，而實質地擴大原告適格的範圍<sup>65</sup>。



### 3、近期最高法院判決的展開

以上最高法院判決對於法律上被保護利益說之「法律」的解釋，除了形式上以「目的共通關聯法規」來擴大「法律」範圍外，更進一步地，要求須考慮「受害利益的內涵、性質以及程度」來判斷，在某種程度上已緩和判斷原告適格之嚴格要件，而擴張了原告適格的範圍。最高法院其後有多個判決皆採此等較為寬鬆之標準。如在川崎市都市計劃開發許可的撤銷訴訟判決中<sup>66</sup>，認為規定許可要件的都市計劃法第 33 條第 1 項第 7 款規定，係為了防止開發區域發生山崩等災害，因此為開發許可審查時，僅有符合此規定者，始可為許可。本案在急斜坡興建公寓，未依據規定採取相關安全上必要措施而為開發的話，會導致山崩等災害發生，附近居民的生命身體安全將直接受到威脅之虞，在可預想住在一定範圍區域

<sup>65</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、国家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 141-142。

<sup>66</sup> 平成 9 年 1 月 28 日，民集，51 卷，1 號，頁 250。

的居民，有原告適格。另外，在關於建築基準法上綜合設計許可<sup>67</sup>，依據建築基準法第 59 條之 2 第 1 項，為建築許可之建築物發生傾倒毀壞、火災等災害時，受到直接損害的一定範圍的建築物住民或其所有人，對於綜合設計許可之撤銷訴訟，均承認其有法律上利益而肯定其原告適格。在岐阜縣林地開發事件的最高法院判決<sup>68</sup>，對於縣知事所為的高爾夫球場之森林地上的林地開發許可決定，附近居民提起的撤銷訴訟，最高法院從被害利益的重大性著眼，認為森林法僅保障周圍住民之生命身體的安全，而肯定其原告適格；惟其不認為森林法保障周圍住民之所有權等財產權，若住民因財產權受損而提起訴訟時，則不承認其有原告適格。

以上為最高法院承認原告適格的案例，其判斷基準如前所述，法律上被保護利益的判斷，根據法令非僅止於行政處分所根據的法令，擴張到相關聯法令之整體法體系，同時也有考慮被侵害利益性質與程度，從法律的合理解釋來承認原告適格，形式上雖是採取法律上被保護之利益說，實質上已經酌採法律上值得保護利益說之精神，來從寬認定原告適格的範圍<sup>69</sup>。

判例的判斷基準雖為妥當，但是並非所有之最高法院之判決皆採取如此寬鬆之標準，上述原告適格的判決無寧為少數承認原告適格的案例，否定原告適格之案例亦不在少數。例如關於鐵路票價調漲的認可處分，一般鐵路利用者之乘客得否提起撤銷之訴的近鐵特急票價訴訟<sup>70</sup>，以及關於研究文化古蹟的學者團體，對於依據文化財保護條例所為的文化財指定解除處分，得否提起撤銷之訴的伊場遺跡訴訟<sup>71</sup>，法院均為否定之見解。是以，在現實上仍有為數不少之行政訴訟案件因為原告不適格而被駁回，導致國民的權利救濟無門，此乃為 2004 年之行政事件訴訟法改革的導火線之一。

<sup>67</sup> 最判，平成 14 年 1 月 22 日，民集，56 卷，1 號，頁 46。

<sup>68</sup> 最判，平成 13 年，3 月 13 日，民集，55 卷 2 號，頁 283。

<sup>69</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 142。

<sup>70</sup> 最判，平成元年 4 月 13 日，判時，1313 號，頁 121。

<sup>71</sup> 最高判，平成元年 6 月 20 日，判時，1334 號，頁 201。

### （三）行政事件訴訟法新設的趣旨

此次行政事件訴訟法修正之結果，於第 9 條原告適格規定不做文字修正，但增設第 2 項規定，納入最高法院判決內容，就原告適格為判斷時所應考慮事項為規定。其內容為「關於處分或裁決相對人以外之第三人，法院為前項規定之判斷時，不應僅以處分或裁決所依據之法令規定之文義為據，尚應考慮該法令之旨趣與目的，以及該處分中所應考慮利益之內容及其性質。於此一情形，在考慮該當法令之旨趣與目的時，如有與該當法令目的共通之相關法令時，應參酌其旨趣與目的；在考慮該當利益內容與性質時，就因違反該當處分或裁決所根據法令情形時，其被侵害之利益之內容及其性質，以及被侵害之態樣及程度也應酌量之。」新設本條第 2 項的趣旨，乃關於法院在對於處分或裁決相對人以外之第三人，判斷其有無本條第 1 項所規定之法律上利益時，規定法院所應該考慮之事項，使撤銷訴訟的原告適格在所有的案件能從寬地被承認。

本條第 2 項前段規定，在判斷第三人有無法律上之利益時，不能僅僅考量根據法令的文義，也應該考量（1）當該法令的趣旨或目的，以及（2）於當該處分應被考慮之利益的內容與性質。此乃由於，僅依據處分或裁決所根據法令之規定的文義，來形式判斷原告適格時，法令的文義因多具有一般、抽象的特性，關於原告適格之判斷往往會朝向較狹隘之解釋方向，是以，本條第 2 項乃規定除了須依據處分或裁決所根據法令之規定的文義之外，亦須考量（1）當該法令的趣旨或目的，以及（2）於當該處分應被考慮之利益的內容和性質。

本條第 2 項後段規定，（3）在考慮該當法令之旨趣與目的時，如有與該當法令目的共通之相關法令時，應參酌其旨趣與目的；並且（4）在考慮該當利益內

容與性質時，就因違反該當處分或裁決所根據法令情形時，其被侵害之利益之內容及其性質，以及被侵害之態樣及程度也應酌量之。關於上述四個考慮事項之間的關係，第（3）點是第（1）點的考慮要素，當在考慮處分或裁決所根據法令之意旨或目的時，如果存在與該法令目的共通之關係法令時，其意旨或目的也應該被參酌。此外，第（4）點是第（2）點的考慮要素，其乃是在詳細說明於當該處分應被考慮之利益的內容和性質，亦即，應預想當該處分違反其根據法令的情形，考量其被侵害之利益的內容與性質，以及其被害之態樣與程度。綜上所述，本條項規定，將上述四個應考慮事項的關係，做了一定的排列，以（1）+（3）和（2）+（4）的思考方式，來顯示出其相互關聯性，理論上有一定的明確性<sup>72</sup>。

如前所述，在判例當中，雖然亦有表明，在判斷原告適格的時候，須考量規定於本條第 2 項之考慮事項的思考方法（例如，前揭新潟空港事件、文殊行訴事件等），在該等判例中上述之考慮事項皆被充分地考慮，但是在該等判例之外，否定原告適格之案例亦不在少數，而產生第三者的原告適格難以在所有之案件被適切地判斷之局面。在此次的改革，將於判斷第三人原告適格時應該被考量之事項，以法律加以明文化，如此將可一般性地擔保在所有的事件中在判斷第三人原告適格時皆考慮此等事項，進而期待第三人原告適格實質地且廣泛地被承認。今後，在法院於具體事例的解釋適用時，在遵守關於本條第 1 項之法律上被保護利益說的同時，透過本條第 2 項的活用，進行不同於傳統的立場之相較柔軟的解釋適用，來擴大第三人原告適格的範圍<sup>73</sup>。

至於，提到 2004 年法律改正後，對於擴大第三人原告適格範圍之影響的具體事例，非小田急高架事業之最高法院的判決莫屬。關於小田急高架事業事件，

<sup>72</sup> 南博方/高橋茲編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 277-278（畠山稔＝福田千惠子執筆）。

<sup>73</sup> 南博方/高橋茲編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 278（畠山稔＝福田千惠子執筆）。



其原審不承認居住於事業地內與其周邊者之原告適格，僅承認在事業地內有不動產者有原告適格<sup>74</sup>，惟該事件上訴至最高法院後，原審之判決卻被推翻，本文以下將對最高法院之見解加以介紹<sup>75</sup>。

該判例認為，關於都市計畫事業之認可的都市計畫法規定之趣旨與目的，該規定透過都市計畫事業的認可制度，從圖謀整備都市的健全的發展與秩序的公益角度，來規制關於都市計畫設施的整備，並且亦具有保護住民之健康或生活環境之趣旨，使其免於因噪音或震動而對於其健康或生活環境產生顯著而直接之損害。因此，居住於都市計畫事業之事業地的周邊的住民當中，因為事業的實施所產生之噪音與震動，對於健康或者是生活環境產生顯著而直接之損害的人，對於請求該事業之認可處分的撤銷訴訟有原告適格。

此判例對於原審見解之變更，一般認為乃受到了 2004 年法律修正的影響<sup>76</sup>。當在判斷原告適格之有無時，最高法院考慮了，都市計畫法之目的、住民的意見書提出權、都市計畫與公害防止計畫之關聯性等事項。因而認為，關於認可都市計畫事業之都市計畫法的規定，具有防止因為伴隨著事業的噪音、振動而對於居住於事業地周圍地區之居民造成的健康或者是生活環境的損害，而且以健康來確保文化的都市生活或保全良好的生活環境為該法規之意旨與目的。亦即，其認為該利益乃是具體之利益，將之解消吸收於一般的公益中乃是極為困難之事。

該判決大大地轉換了僅於該事業地有不動產者才有原告適格之思考方式乃是非常明顯的。其具體之判斷乃本條第 2 項之各考慮事項，圖謀於具體個案中運用該各考慮事項來解決紛爭，因此，該判決乃是本條第 2 項之具體運用的事例。值得注意的是，在本判決被認定的實體利益的範圍，乃為因噪音、振動所引起之

<sup>74</sup> 東京高判，平成 15 年 12 月 18 日，訟月，50 卷 8 號，頁 2332。

<sup>75</sup> 最高判，平成 17 年 12 月 7 日，裁判所時報，1401 號，頁 2。

<sup>76</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 143。

關於對於健康或者是生活環境所生之顯著的損害之利益，反對意見認為，關於附屬街路，對於生活環境產生顯著的損害以外的影響之可能性也是有的，也應該將該利益視為法律上的利益而承認其受損之人有原告適格。系爭判決將法律上的利益限定為生命、身體的安全，是否將其他對於生活的影響亦視為法律上的利益，在該判決並看不出來，如果該判決將法律上利益之範圍限縮在生命、身體的安全的話，則該判決仍有值得檢討之處<sup>77</sup>。

#### （四）小結－評帝京大學事件

如前所述，於日本關於撤銷訴訟之原告適格的判斷標準，乃規定於行政事件訴訟法第9條，依該條規定，具有提起撤銷訴訟之資格者，不以處分相對人為限，對於撤銷該處分「有法律上利益者」即可。惟何謂「有法律上利益者」，於舊法時期並沒有明文，學說與判例對此則有所爭議，通說鑑於撤銷訴訟為主觀訴訟，特別強調其救濟人民權利之功能面向，而採取法律上被保護利益說。

在採取法律上被保護利益說之前提下，應該採取如何之解釋態度乃至為重要之問題，其涉及到究竟是要限縮第三人原告適格的範圍，亦或是從寬開放其權利救濟之管道。早期實務見解採取較為狹隘之解釋，該「法律」的範圍受到嚴格之限定，僅以當該處分所根據之法令為限，而不包含當該處分所根據以外之法令。其後亦有判決認為當該處分所根據之法令，不僅指實體要件法規，亦應包含其所根據的程序要件法規，雖然有放寬法律的範圍，但是從不包含與行政處分所根據法規目的共通之相關連規定的觀點來看，其解釋原告適格之方法仍然相當狹隘。因此，其後之新潟機場訴訟與もんじゅう核能電廠訴訟之判決，除了在形式上以「目的共通關聯法規」來擴大「法律」範圍外，更進一步地，要求須考慮「受損

<sup>77</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁143。

害利益的內涵、性質以及程度」來判斷，在某種程度上已緩和判斷原告適格之嚴格要件，而擴張了原告適格的範圍。後期採取此等較為寬鬆之見解之判決，雖不乏其例，惟無法適用至所有之案件而使其一般化，致對人民權利之保障有不週之虞。在此次的改革，將於判斷第三人原告適格時應該被考量之事項，以法律加以明文化，如此將可一般性地擔保在所有的案件中，在判斷第三人原告適格時皆考慮此等事項，進而期待第三人原告適格實質地且廣泛地被承認，可謂是對於第三人權利保護之一大進展。有了如此之理論背景，本文以下將以此來分析、討論帝京大學之事件中，法院對於第三人原告適格之判斷是否妥當。

關於栃木縣資訊公開條例是否個別地保護原告所主張之利益，而賦予其得提起撤銷訴訟之資格，乃涉及到應如何解釋與適用法律上被保護之利益說。若依照行政事件訴訟法第9條第2項之判斷標準，在判斷第三人是否具有原告適格時，不得僅以該處分所依據之栃木縣資訊公開條例的文義為狹義、形式地判斷，否則該第三人得提起該訴訟之機會將甚為渺茫，尚應考量該條例之旨趣與目的，以及該處分中所應考慮利益之內容及其性質，來從事綜合、實質地判斷。首先，於考量該當法令之旨趣與目的時，亦應參酌與該條例目的共通之相關法令如不正競爭防止法、個人資料保護法之保護第三人隱私或營業秘密等意旨，準此，該條例似乎具有個別地保護原告所主張之利益的規範目的。其次，於考量該當利益之內容與性質時，就因違反該處分所根據之系爭條例的情形，原告之營業上競爭地位及其自主營運之大學自治等權利將有被侵害之虞，且營業上之競爭地位雖然僅為經濟性之權利，但若執行該公開決定，其營業上之經營模式將可能被其他競爭對手所知悉，而造成難以回復損害之虞；此外，其自主營運之大學自治乃屬於高價值之學術自由所保障，若公開系爭資訊，原告將可能遭受到來自於第三人之批判，同樣地會形成難以回復損害之虞。由上述各點綜合觀之，栃木縣資訊公開條例應具有具體、個別地保護原告所主張之利益之規範意旨，因該利益無法被解消或吸收於一般、抽象之公益當中，遂賦予第三人得提起撤銷訴訟資格，藉以維護其自

身權利。

於本案之言詞辯論中，被告亦提及應如何判斷原告適格之判斷標準，其認為，在判斷有無法律上被保護之利益時，須綜合地考慮處分所根據之法律的目的、與其密切相關連之法規的立法目的乃至於沿革，以及其各條文全體的趣旨，始得做出一個較為合理之解釋。其對於法律上被保護利益說之解釋立場，甚為接近於行政事件訴訟法第9條第2項之標準。惟其結論卻認為，假如合理地解釋本件條例各規定，僅在使資訊公開請求權獲得充分地保障，為了能夠適切地實現人民之資訊公開請求權，應將該大學之自治與營運的利益解釋為僅僅是反射利益乃至於事實上利益，系爭條例之相關規定並不具有透過該公開決定來保護第三人之個別利益的意旨。對此結論本文則不能認同，系爭條例主要是件具體地建構人民之資訊公開請求權並無疑義，除此之外，立法者於制定該條例時，亦注意到在實現人民之資訊公開請求權亦須兼顧第三人之權益的保障，始在該制度中設計了不公開之除外事由與第三人之事前陳述意見制度。而且第三人不公開之除外事由與第三人之事前陳述意見制度乃互為配套之制度，賦予第三人陳述意見之機會即是為了使行政機關能判明其欲公開之資訊是否該當於不公開之除外事由，是在法令設有第三人陳述意見之機制，通常即表示該法令具有保護第三人權利之意旨。實務上即是如此運作，上述之長沼 Nike 基地訴訟判決即為適例<sup>78</sup>。因此，栃木縣資訊公開條例應具有具體、個別地保護第三人之利益趣旨，使其能提起訴訟，而與相對人之資訊公開請求權相抗衡，而不致偏廢第三人之權益。

學者多數說亦認為，栃木縣資訊公開條例第3條、第6條第2款之規定，以及栃木縣的公文書之公開處理綱要第2條之規定，一方面在條文上個別具體地保護因公開決定而導致其個人之隱私與營業秘密將被侵害者的利益；他方面，因違

---

<sup>78</sup> 南博方/高橋茲編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁264（畠山稔=福田千惠子執筆）。

法之公開決定而利益受侵害之人，於請求撤銷該公開決定之時，賦予其原告適格。如果不這樣解釋，因違法之資訊公開而導致個人隱私與營業秘密被侵害的第三人，除了的事後請求損害賠償外，別無其他的救濟管道，如此一來並不合理。是以，在學說上，一般來說，否定資訊提供者具有對於公開決定提起撤銷訴訟之原告適格這件事，似乎是不存在，而支持上述之法院對於帝京大學具有原告適格之見解<sup>79</sup>。值得注意的是，關於國家是否具有停止執行之聲請適格與撤銷訴訟之原告適格？該爭議無論在實務與學界皆被廣泛討論，且尚未形成共識<sup>80</sup>。惟此種以國家作為當事人之事件，其本質上乃極為特殊，若排除這種特殊事件，在一般事件上，對於自己不利益之資訊被公開的第三人，對於公開決定具有提起撤銷訴訟之原告適格，應該是可以確定的。

此外，於本案之法院認為，第三人雖有原告適格，惟其於本案卻不該當於系爭條例第6條第2款與第5款。因此，有學者即認為在關於第三人所主張的利益，無法直接地該當於該條例之不公開事由的情形，該第三人之原告適格的法律依據，似乎有另覓途進之必要<sup>81</sup>。對於該見解，本文認為其忽略了原告適格之性質為訴訟要件，若欠缺該要件僅為該訴訟是否合法的問題，而與實體有無理由乃不同層次的問題，是以，對於該要件之證明度，多數學說認為僅須「釋明」即為以足，並不以「證明」為必要<sup>82</sup>。準此，於本案即使作為原告之帝京大學因實體無

<sup>79</sup> 宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000年，頁265。松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003年，頁395-396。

<sup>80</sup> 於實務見解方面，參見：那霸地決平成元年10月11日、該案之本案的那霸地判平成7年3月28日，以及福岡高那霸支判平成8年9月24日等事件。於學說見解方面，參見：野口貴公美，情報公開と訴訟(上)，自治体と訴訟(7)，月刊自治フォーラム，2006年10月，頁53。

<sup>81</sup> 齋藤誠，開示決定の取消訴訟，法学教室，201號，1997年，頁35。

<sup>82</sup> 宮田三郎，行政訴訟法，信三社，2007年，頁121-122。於德國法上，原告主張要到何種程度，才算具備訴訟權能，針對此一問題，有下列理論提出：1、主張理論：依此理論，原告只要主張自己之權利因系爭處分而受到違法的侵害，即已具備訴訟權能。2、正當性理論：依該理論，原告提出之事實陳述，必須足以顯示，如果原告之陳述為真，則行政處分已涉及到原告之公權利，法院才可以認定原告具有訴訟權能。但不要求原告對於行政處分之違法性提出具體事實之陳述。3、可能性理論：依此理論，原告所提出之具體事實陳述，必須足以顯現出行政處分有違法並損害其權利之可能，方得肯定原告有訴訟權能。通說採取可能性理論。參見：翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，五南，2002年，頁78-84（盛子龍執筆）；李建良，「好事的鄰居-公權利理論與訴訟權能」，收錄於『月旦法學教室 公法學編』，元照，2002年，頁244-245。

理由被駁回，惟僅要該條例具有保護原告之具體、個別利益的「可能性」，該條例即得作為保護規範而賦予其提起撤銷訴訟之資格。

附帶一提，於本案停止執行之聲請事件，以具有聲請適格為前提之停止原處分執行的裁定早已做成<sup>83</sup>，復佐以通說認為停止執行之聲請適格與本案訴訟之原告適格，皆應採取相同之判斷標準之見解，肯認本案訴訟之原告適格，似乎是可被預期的。此外，即使在其他執行停止的聲請事件，主張因為資訊公開以致於自己的利益將被侵害的人，其原告適格被否定的案例，並不存在<sup>84</sup>。至於，橫濱地方法院於平成3年2月22日之裁定，雖然其停止執行之聲請被駁回，但是其被駁回之理由乃是因為，如果不停止原處分之執行是否會生「難以回復之損害」，聲請人並未有做充分的釋明；而關於停止執行之聲請適格的問題在該事件上則未提及<sup>85</sup>。



### 參、我國法上之運作

人民基於政府資訊公開法請求國家公開某項資訊，而國家亦依其請求而作成公開決定。當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益時，第三人若認為國家所作成之公開決定違法侵害其權利時，第三人可否對該公開決定提起撤銷訴訟而具有原告適格？政府資訊公開法第20條之規定：「申請人對於行政機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定不服者，得依法提起行政救濟。」該條所規範之對象僅及於「申請人」而不及於「第三人」，若依單純之文義解釋，似乎僅有申請人即處分相對人始得提起撤銷訴訟，第三人並不具有提起的資格。惟依行政訴訟法第4條之規定「人

<sup>83</sup> 宇都宮地決，平成2年11月2日，行集，41卷11-12号，頁1811。

<sup>84</sup> 除了上述宇都宮地決為停止原處分之裁定外；那霸地決，平成元年10月11日，行集，40卷，10号，1374頁，亦作出了停止原處分之一部執行的裁定。

<sup>85</sup> 橫濱地決，平成3年2月22日，地判，88號，頁12。

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。」則不以行政處分之相對人或申請人為限，任何人，凡認為該處分之作成，「損害其權利或法律上之利益」時，依據該條項之明文規定，則均有提起此等訴訟程序的資格。準此，拒絕公開決定之相對人或申請人，其權利或法律上之利益因該行政處分之作成受侵害者，固得提起該訴訟；至於非屬該相對人或申請人的所謂「第三人」，仍得僅因其權利或法律上之利益於系爭行政處分之作成而受侵害，而得提起該訴訟。換言之，第三人是否具有提起撤銷訴訟之原告適格，以是否因該處分之作成，而「損害其權利或法律上之利益」為準據<sup>86</sup>。此與日本行政事件訴訟法第9條第1項之規定，指出得為原告者，不以處分相對人為限，對於撤銷該處分有「法律上利益」即可，有異曲同工之妙。

惟何謂「權利或法律上之利益」？涉及到如何界定個人之公權利，國內在討論到該議題時，多認為我國是採取既受於德國之「保護規範理論」。近來我國實務對於公權利之界定，亦明顯有採納保護規範理論之趨勢。司法院釋字第469號解釋堪稱其代表。按本號解釋雖是直接針對公務員不作為之國家賠償責任而為之，但其理由中所述正是建構公權利之保護規範理論。亦即須判斷原告具以指稱行政處分所違犯之法規，是否同時具有保護原告個人利益之規範目的，來認定原告之主觀公權利。惟由保護規範理論之內涵可得知，其與日本法上之「法律上被保護利益說」之判斷基準是相同。準此，與日本法相同，應如何解釋與適用保護規範理論則為進一步須面對之課題。釋字第469號解釋理由書指出：「...至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益

<sup>86</sup> 林明昕，論「第三人權利救濟」，收錄於第八屆行政法實務與理論學術研討會之會議論文集，頁2-3。

或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之法律效果、及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時...即應許其依法請求救濟。...」可知，在法律規範保障目的之探求時，如法律之規定極為明確時，固無疑義；在法律無明確表明有保護第三人之權益時，須就「法律之整體結構、適用對象、所欲產生之法律效果、及社會發展因素」來綜合判斷。惟「法律之整體結構、適用對象、所欲產生之法律效果、及社會發展因素」為不確定之法律概念，其內涵所指為何並未有學說在討論；在探求法律規範保障目的之時，如何妥適的考量該等因素，亦未有實務判決之詳細的剖析。相較於日本行政事件訴訟法第9條第2項規定，就第三人之原告適格為判斷時所應考慮事項，顯然較為概括、抽象而不知其內涵為何，容易形成法官之恣意判斷的局面。是以，該國之行政事件訴訟法第9條第2項規定「法令之旨趣與目的、該處分中所應考慮利益之內容及其性質、與該當法令目的共通之相關法令之旨趣與目的、其被侵害之利益之內容及其性質與被侵害之態樣及程度」，似得作為我國在解釋行政訴訟法第4條之「權利或法律上之利益」之參考因素。當然在應用保護規範理論時，即使參考該等因素，在操作上，仍然並不是很容易，就此，實務上宜依判例累積案例，以利問題之釐清。

政府資訊公開法為行政機關所為之公開決定的準據，是第三人主張該公開決定所違反之規定，不外乎為，第18條第1項規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：...二 公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。...六 公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。...



九 公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」與第 12 條第 2 項：「前項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、法人或團體於十日內表示意見。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。」而該條項之規定，依據保護規範理論，是否具有保障第三人權益之趣旨？若參酌日本行政事件訴訟法第 9 條第 2 項之參考因素，在判斷第三人是否具有原告適格時，不得僅以公開決定所違反之政府資訊公開法第 18 條、第 12 條之文義為狹義、形式地判斷，尚應考量該規定之旨趣與目的，以及該處分中所應考慮利益之內容及其性質，來從事綜合、實質地判斷。

首先，於考量該當法令之旨趣與目的時，亦應參酌與該條例目的共通之相關法令如公平交易法、營業秘密法、個人資料保護法之保護第三人隱私或營業秘密等意旨，準此，該條例似乎具有保護第三人私益之規範目的。其次，於考量該當利益之內容與性質時，就因違反該規定的情形，第三人之營業秘密、隱私、生命或身體等權利將有被侵害之虞，且雖然營業秘密僅為經濟性之權利，但若執行該公開決定，其營業上之經營模式將可能被其他競爭對手所知悉，而造成無法回復損害之虞；此外，隱私權乃與個人之人格發展密切關聯，而生命及身體權亦為所有權利行使之基礎的最基本權利，兩者皆屬於高價值的權利，若公開系爭資訊，原告將可能遭受到來自於第三人之批判，同樣地會形成無法回復損害之虞。由上述各點綜合觀之，政府資訊公開法第 18 條、第 12 條應具有具體、個別地保護原告所主張之利益之規範意旨，因該利益無法被解消或吸收於一般、抽象之公益當中，應賦予第三人於政府資訊公開法制下得提起撤銷訴訟，藉以維護其自身權利之資格。此外，於日本實務上，法令設有第三人陳述意見之機制，通常即認為該法令具有保護第三人權利之意旨，亦值得我國參考。因此，政府資訊公開法除了具有落實處分相對人之資訊公開請求權之規範目的外，亦具有具體、個別地保護第三人之權利的趣旨，使其認為公開決定侵犯到其權利時，能提起撤銷訴訟，而

與相對人之資訊公開請求權相抗衡，以求二者利益之均衡調和。

## 肆、結論

當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益時，第三人若認為國家所作成之公開決定違法侵害其權利時，第三人可否對該公開決定提起撤銷訴訟以求救濟？其中所涉及到的關鍵，應為第三人是否具有提起撤銷訴訟之原告適格。

於日本近期之最高法院的見解，有認為除了在形式上以「目的共通關聯法規」來擴大「法律」範圍外，更進一步地，要求須考慮「受害利益的內涵、性質以及程度」來判斷第三人是否具有原告適格，在某種程度上已緩和其判斷標準，而擴張了第三人原告適格的範圍。採取此等較為寬鬆見解之判決，雖不乏其例，惟無法適用至所有之案件而使其一般化，致對人民權利之保障尚有不周之虞。在2004年行政事件訴訟法的改革，將於判斷第三人原告適格時所應被考量之事項，已於行政事件訴訟法第9條第2項加以明文化，如此將可一般性地擔保在所有的案件中，在判斷第三人原告適格時皆考慮此等事項，進而期待第三人原告適格實質地且廣泛地被承認，可謂是對於第三人權利保護之一大進展。

相對於此發展，學者對於帝京大學事件肯認第三人具有原告適格一事，亦採取肯定態度。而認為關於栃木縣資訊公開條例第3條規定、同條例第6條第2款規定，以及栃木縣的公文書之公開處理綱要第2條規定。該等規定，一方面在條例上個別具體地保護因公開決定，以致於關於自己的個人隱私與營業秘密將被侵害者之利益；他方面，因違法公開決定而對於該利益被侵害之人，於請求撤銷該公開決定之時，賦予其原告適格。如果不如此解釋，因違法之資訊公開而導致

個人隱私與營業秘密被侵害的第三人，除了的事後請求損害賠償外，別無其他的救濟管道，如此一來並不合理。是以，法院對於帝京大學具有原告適格之見解，應得以被支持。

至於，我國法上之解釋方面。政府資訊公開法為行政機關所為之公開決定的準據，是第三人主張該公開決定所違反之規定，不外乎為，該法第 18 條第 1 項規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：...二 公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。...六 公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。...九 公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」與同法第 12 條第 2 項：「前項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、法人或團體於十日內表示意見。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。」而該條項之規定，依據保護規範理論，是否具有保障第三人權益之趣旨？

若參酌日本行政事件訴訟法第 9 條第 2 項之參考因素，在判斷第三人是否具有原告適格時，不得僅以公開決定所違反之政府資訊公開法第 18 條、第 12 條之文義為狹義、形式地判斷，尚應考量該規定之旨趣與目的，以及該處分中所應考慮利益之內容及其性質，來從事綜合、實質地判斷。若基於此立場，應採取肯定見解為宜。亦即，政府資訊公開法除了具有落實處分相對人之資訊公開請求權的規範目的外，亦具有具體、個別地保護第三人之權利的趣旨，使其認為公開決定

侵犯到其權利時，能提起撤銷訴訟，而與相對人之資訊公開請求權相抗衡，以求二者利益之均衡調和。

## 第二節 暫時權利保護

### 壹、暫時權利保護制度之必要性

因為資訊一旦公開後即無法回復至未公開的狀態，所以即使第三人能夠提起本案訴訟以防止關於其自身的資訊被公開，惟隨著冗長的訴訟程序之進行，若第三人尚未得到本案判決時資訊即被公開，則第三人所提起之本案訴訟將無訴訟實益，後續的救濟行為恐怕只剩下如何補償的問題，然此與該第三人最為關切之「資訊不公開」間，已有甚大的差別。是以，此時如何適切地來保護第三人之權利，即成為問題。

要釐清這個問題的關鍵，首先必須要了解訴訟權的本質及其內涵為何。一般認為國家之所以創設法院，乃是基於法治國原則對於人民權利保障之要求。但是，隨著時代的演進，法院的功能不僅止提供人民符合正義的判決以保障其權利，更講求其對於人民權利保障的有效性。釋字第 574 號解釋理由書曾謂：「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關需制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。」基此，提供一個及時且能有效實現人民權利的救濟途徑，不僅是人民對於法院的期待，同時亦為憲法保障人民之訴訟權的內涵，而成為法治國家的基本要求。是以，因資訊具有一旦公開後即無法回復至未公開狀態之特質，基於憲法保障人民的訴訟權，國家須提供第三人一套有效的救濟管道，以使第三人的

權利能因及時阻止資訊之公開而獲得暫時的保障。

於是，國家為了因應人民之此等對訴訟制度的需求，以符合憲法意旨，在訴訟制度中乃設有「暫時權利保護制度」。依此制度設計，人民有權請求法院作出有利於其本案訴訟請求的命令或處分，以使其本案訴訟的進行與結果能有具體的實益。是以，第三人在提起本案訴訟的同時，亦得同時利用「暫時權利保護制度」，以及時阻止資訊之公開而獲得暫時的保障。

## 貳、第三人所得適用之保全手段

如前所述，第三人在提起本案訴訟的同時，亦得同時利用「暫時權利保護制度」，以使其能及時阻止資訊之公開而獲得暫時的保障。於我國行政救濟中之暫時權利保護制度中，設有三種保全手段，亦即：停止執行、假扣押與假處分。

「停止執行」之規定分見於訴願法第 93 條及行政訴訟法第 116 條。由於我國及日本及奧地利等國相同，並不採取「提起行政訴訟而停止執行」的原則，因而定有僅在例外情形下始得停止原處分執行之規定。亦即，在訴願或行政訴訟繫屬中，原處分機關、訴願審議機關或行政法院「認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行」，以及行政法院「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行」。

至於，假扣押與假處分則屬行政訴訟法第 7 編所定之「保全程序」。「假扣押」乃為保全公法上金錢給付之強制執行而設，規定於行政訴訟法第 293 條第 1 項：「為保全公法上金錢給付之強制執行，得聲請假扣押。」。「假處分」則分為「保

全處分」與「定暫時狀態處分」兩種。前者規定於行政訴訟法第 298 第 1 項：「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分」，其相當於德國行政法院法之「保全命令」。而後者規定於同條第 2 項：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」，其相當於德國行政法院法之「定暫時狀態命令」或稱「規制命令」。該兩種假處分之區分標準在於，保全處分主要係為保全日後強制執行，而定暫時狀態處分則是在採取必要措施，以暫時維持現有狀態，以利後續本案訴訟的進行。

此處有疑問的是，第三人在提起本案訴訟的同時，雖然得同時利用「暫時權利保護制度」使其權利暫時獲得保障。惟第三人如何選擇該三種保全手段？此則涉及到該三種保全手段間之關係為何。行政訴訟法第 299 條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」是以，聲請人只有在無法聲請停止行政處分之效力時才能聲請假處分。此外，如前所述，行政訴訟法第 293 條假扣押乃為保全公法上金錢給付之強制執行而設，因此在解釋上唯有保全金錢給付以外之公法上權利，才得以聲請假處分。準此，該三種保全手段間之關係可說明如下：在涉及行政處分之效力時，聲請人應該聲請停止執行。若非涉及行政處分之效力而為保全公法上金錢給付時，聲請人則應該聲請假扣押。最後，在非適用停止執行或假扣押制度之案件，則應透過假處分制度以獲得暫時權利保護。如此所有可提起本案訴訟之案件，皆得適用暫時權利保護制度，「無漏洞之暫時權利保護制度」於是形成<sup>87</sup>。

如前所述，人民依據其資訊公開請求權，請求國家公開其所持有之資訊時，若其請求公開之資訊涉及到第三人的隱私或營業秘密等權利時，第三人雖可針對

---

<sup>87</sup> 陳英鈞，從有效權利保護論公法上假處分—與最公行政法院的裁定對話，台大法學論叢，第 34 卷第 4 期，2005 年，頁 92 頁。

行政機關之公開決定提起撤銷訴訟。又因為資訊具有一旦公開後即無法回復至未公開狀態之特質，第三人為確保其本案之訴訟實益，通常會同時聲請法院請求其作出暫時權利保護之決定。而且，第三人所提起之撤銷訴訟，乃屬於涉及到行政處分效力是否須被否定之訴訟類型，是以，此時所應適用之保全手段應為「停止執行」，似無疑義。

惟在行政機關作成公開決定而實現處分相對人之資訊公開請求權，同時該決定並可能涉及到第三人之隱私或營業秘密等權利，而對第三人有侵益之效果時，該公開決定在實體法上即可被定性為「第三人效力行政處分」。而在涉及第三人效力行政處分之事件中，形式上雖有行政機關之行政處分的介入，惟實質上私人間紛爭之色彩甚為濃厚。蓋其主要須考量之利益不僅為處分受害者之私益與公共利益，處分相對人之利益亦須考量，是以，表面上涉及到三方利益。惟事實上去細究即可得知，處分相對人之利益為行政處分之執行利益之主要內涵。行政處分之執行利益除了處分相對人之利益外，或與尚有其他公益存在，惟其內涵甚為抽象與不確定，即使忽略之對制度之運作亦不會有任何影響。換言之，該處分所涉及之公益以處分受益者的享受之權利來具體表達即可。是以，該第三人效力行政處分關係，主要涉及到處分之受害者與受益者的利害調整，而非一般行政處分係涉及到公共利益與處分相對人之私益的權衡。若將此結論套用至公開決定，執行公開決定所涉及之利益即為處分相對人之資訊公開請求權，而民主參與之公益內涵乃被吸收於資訊公開請求權之實現，除此之外幾乎已無其他公益目的須被考量。準此，公開決定所涉之關係，主要為第三人與資訊公開請求權人之權利衝突<sup>88</sup>。

<sup>88</sup> 學者陳英鈞亦採取相同之見解，其認為在現代行政國家之管制之下，許多原本屬於「私法自治」的領域，由於國家介入管制的結果，變成公法上的多元法律關係，此便不能說，行政處分之暫時停止執行必然對人民有利，因為人民的利益是對立的。因而在暫時權利保護的制度設計上，必須兼顧負擔處分之相對人的利益保護與公共利益及第三人權利之平衡，在憲法比例原則之下，儘可能實現各方利益的最大保護，共創雙贏。參見：陳英鈞，「論撤銷訴訟之暫時權利保護-從雙贏的風險分配評析實務見解」，收錄於『行政法實務與理論（一）』，葛克昌與林明鏘主編，台大

惟現行停止執行制度主要是建立在非第三人效力行政處分，所涉及之利益主要為行政處分之作成所欲達成的公共利益與處分相對人之私益，是以，現行之停止執行制度能否適用在被定性為第三人效力行政處分之公開決定，而成為第三人權利保護制度之一環，乃成為問題。對此問題，本文採取肯定之見解，蓋如採否定說，第三人不但無停止執行制度可資適用，且依據行政訴訟法第 299 條之規定，亦無法適用假處分制度。如此一來，在現行制度下涉及第三人效力行政處分之暫時權利保護制度將不存在，進而，第三人對於公開決定提起撤銷訴訟時，將無暫時權利保護制度可資適用，此與憲法所要求之有效之權利保護，似有不符。準此，為了保護第三人之權利，活用現行之停止執行制度，並嘗試在解釋論上將之做某程度之修正，無寧較符合「有權利，即有救濟」之法治國理念<sup>89</sup>。

### 參、停止執行制度之修正

如前所述，現行停止執行制度主要是建立在非第三人效力行政處分，惟第三人提起撤銷訴訟時，如不適用停止執行制度，其將無暫時權利保護制度可資適用。是以，仍適用現行之停止執行制度，並嘗試在解釋論上將之做某程度之修正，無寧為較可採之見解。惟該如何修正已使第三人得以適用，即成問題。本文以下，擬先介紹日本法制上所發生之實例，以提出問題點。其後，以德、日等國之相關

---

法學院公法研究中心，2003 年 3 月，頁 238-239。

<sup>89</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985 年，頁 197。此外，德國對於第三人效力行政處分中，權利受影響之第三人聲請暫時權利保護時，其類型究為停止執行亦或是假處分曾有爭議。認為應依行政法院法第 123 條之假處分來救濟者，主張停止執行之效力僅及於第三人與行政機關，並不及於處分相對人，故應依假處分命行政機關禁止處分相對人執行處分之內容；惟認為應依行政法院法第 80 條第 1 項之停止執行來救濟者，主張第三人提起撤銷訴訟時發生停止執行之效力，與其他撤銷訴訟並無不同。停止執行之效力不僅於第三人與行政機關間發生，對於處分相對人亦有拘束力，故第三人權利之暫時保護，透過停止執行即可達成，不必也不應適用假處分。對此爭議，該國為求見解之一致，於 1990 年修正行政法院法時，增訂第 80 條之一，明文規定就具第三人效力行政處分亦應適用停止執行。詳見：李庭熙，論附第三人效力之行政處分，台灣大學法律研究所碩士論文，1990 年 6 月，頁 164-166；馬鴻驊，行政訴訟上假處分決定之實體審查標準，中正大學法律學研究所碩士論文，2005 年，頁 92-93。




論述為基礎，對該問題點加以討論，並同時對上述之實例加以評論與分析。最後，於該討論之基礎上，探討我國法上之解釋。

## 一、實際案例

關於第三人以公開決定為對象聲請停止執行之事件，於日本法上已有多起之實際案例發生，其中之論理相對詳細、完整者，當屬大阪地方法院於平成 19 年 7 月 6 日所作成之裁定。本文以下擬對該裁定加以介紹，並從中提出值得檢討之問題點，以之作為本文討論的重心。

### (一) 事實概要



聲請人乃依據教育基本法及學校教育法，以從事學校教育為目的，而經營「A 專門學校社會專門課程」之學校法人；而 A 專門學校，乃規定於學校教育法第 82 條之 2 的專修學校。此外，大阪府知事，乃聲請人於私立學校法上之主管機關。於 2006 年 8 月 9 日，本件之資訊公開請求權人，對於大阪府知事，請求公開載有聲請人之 2004 年與 2005 年的借貸對照表、資金收支計算書、消費收支計算書與消費收支明細表之行政文書。因該行政文書含有聲請人之相關資訊，大阪府知事，遂於同年 8 月 16 日，對於聲請人通知其可提出書面之意見書。聲請人，即於同年 8 月 21 日，對於大阪府知事提出意見書，該意見書中表明，除借貸對照表與消費收支差額的部份外，其餘部分應不予公開之意旨。

惟於 2006 年 9 月 7 日，大阪府知事乃接受資訊公開請求權人之請求而作出公開決定。其公開之內容，乃聲請人之 2004 年與 2005 年的借貸對照表、資金收支計算書、消費收支計算書與消費收支明細表當中，除了記載中科目以下金額的

部分之外，其餘之部分須予以公開。其後，聲請人主張，依據該公開決定所要被公開之資訊，應該當於大阪府資訊公開條例第 8 條第 1 項第 1 款所揭示之資訊<sup>90</sup>，因而對於大阪府知事所做成之公開決定有所不服，進而依據行政不服審查法第 6 條第 1 款對之提起訴願。依大阪府資訊公開條例，訴願程序之決定須諮詢大阪府資訊公開審查會，始得為之，遂向該審查會請求提供諮詢。其後，大阪府資訊公開審查會，認為系爭公開決定尚稱妥當，大阪府知事亦因尊重其報告，是於平成 2007 年 5 月 1 日駁回聲請人所提起之訴願。聲請人仍有所不服，而於同年月 11 日提起撤銷訴訟；同時，並基於行政事件訴訟法第 25 條第 2 項本文<sup>91</sup>，請求於本案事件之判決確定前，停止該公開決定之效力。

## (二) 法院之判斷

### 1、是否該當於「本案顯無理由」之要件

大阪資訊公開條例第 3 條前段規定，實施機關須以充分地保障資訊公開請求權的立場，來解釋或運用該條例。其後，於同條例第 5 條規定，關於個人之資訊若不欲他人所知悉乃正當時，亦須被最大限度地考量。對照以上條文所規定之趣旨，大阪資訊公開條例第 8 條第 1 項第 1 款所謂的「被認為有損於該法人或該個人之競爭上地位或其他正當利益」之要件，應解為客觀上被認為有損於該法人或該個人之競爭上地位或其他正當利益時，始足當之。

<sup>90</sup> 大阪府資訊公開條例第 8 條第 1 項旨在規定，實施機關對於記載下列各款之資訊之行政文書，有裁量權限得不予公開。同項第 1 款並規定，因公開關於法人及其他團體之資訊或經營事業之個人之關於該事業之資訊，將損及該法人或個人之競爭上的地位或其他正當的利益。

<sup>91</sup> 日本行政事件訴訟法第 25 條第 2、4 項規定：「(2) 提起撤銷處分訴訟時，為避免因處分之效力、處分之執行或程序之續行造成重大損害而有緊急之必要時，法院得依聲請，以裁定停止處分之效力、處分之執行或程序續行之全部或一部。但如因停止處分之執行或程序之續行，已能達其目的時，則不得停止處分之效力。(4) 停止執行，將對公共利益造成重大影響之虞，或本案顯無理由時，不得為之。」

如果對照於本案所涉及之行政文書，即使所欲公開之資訊並不包含中科目以下之金額，惟獲得該資訊之人，若同時參照該學校之募集要點與學校指南等早已公開之資訊，並加以分析、比較，即得大致掌握聲請人之經營規模、資產營運規模、資產結構及收支的均衡狀態。惟其具體的經營方針、經營手法、獨自經營上之知識等，是否即因該資訊之公開而被掌握，似乎還不甚明顯。

關於此點，聲請人在僅營運 A 專門學校之小規模學校法人的場合，對於系爭行政文書，即使記載中科目以下金額的部分不公開，僅其餘之部分須予以公開，惟依據該公開部分之資訊，成為該聲請人經營學校之營業秘密，諸如報考人數、入學人數、學生素質、招募學生之廣告戰略、對於廣告業者之價格交涉能力，以及教職員之工資水平等，皆能得被解析出來。A 專門學校乃是以民間運動之指導員等為其主要之教育內容，不僅會與其他同種專修學校形成不公平的競爭，甚至會與無法學校法人化而違法成立之學校，亦會形成不公平的競爭之狀態。而且，於系爭之公開決定，2005 年之資金收支計算書之收入部份的 9 個大科目當中之 5 個科目，即手續費收入、資產運用收入、資產出賣收入、雜項收入、預付款收入；以及 2005 年之消費收支計算書之消費收入的部份之 5 大科目當中之 4 科目，即手續費收入、資產運用收入、資產出賣差額、雜項收入。從各該大科目當中所得知的資訊，中科目以下的金額之總合亦被同時公開，若是上述之資金收支計算書與消費收支計算書之各大科目部份被公開，則例如學生繳納金收入之科目，因僅由學費與入學費兩項小科目所組成，在這種情況下，他人對於聲請人在營運 A 專門學校之細部狀況，還是能大致地掌握。

是以，依據系爭公開決定所被公開之資訊本身，並同時參酌其他既已公開且容易拿到手之相關聯資訊，加以綜合分析的話，聲請人經營專門學校之實際狀況相當程度已非常清楚；探知其具體之經營方針與獨特之經營上知識，即不能說全無可能。因系爭公開決定之執行，將可能損害聲請人之競爭上地位或其事業上利

益，即須加以充分地考慮。準此，關於該停止執行之聲請，並不該當於「本案顯無理由」之要件。

## 2、是否該當於「為避免重大之損害而有緊急之必要」之要件

如前所述，依據系爭公開決定，聲請人之競爭地位或其他競爭利益將可能被侵害，一旦公開該資訊，如果侵害聲請人之競爭地位，依其性質，不得不說事實上已不可能回復到資訊未公開前之原狀。準此，聲請人具有為避免因系爭公開決定之執行而生之重大損害，且有緊急之必要的情狀。

## 3、是否該當於「對公共利益有重大影響之虞」之要件

相對人主張，基於大阪資訊公開條例之行政文書公開制度，因保障府民之知的權利，不但能使府民參與或監督府政以及增進府民生活之保障便利性，而且得藉由確保個人之尊嚴以加深府民對府政之信賴，進而增進府民之福祉，是關於系爭公開決定，如果作成停止執行之決定，將損害行政文書公開制度之實效性。惟該主張不得不說甚為一般、抽象，而欠缺具體性，僅藉由如此之主張，並無法釋明本件該當於對公共利益有重大影響之虞的要件。

## 4、小結

該聲請人雖請求停止系爭公開決定之效力，惟鑑於聲請人因該公開決定所可能發生之損害的內容與性質，為避免該損害，停止該公開處分之執行，已足以達其目的，是法院依據行政訴訟法第 25 條第 2 項但書，停止系爭處分之執行。其餘部分之聲請，因無理由而被駁回。

綜觀，法院對於是否停止執行系爭公開決定之審理，各個要件之內涵究應作如何之解釋？亦即，是否與一般行政處分之審理做相同之解釋，而認為「避免重大的損害而有緊急的必要」所要考量之利益，即為聲請人之私益；而「對公共利益有重大影響之虞」，所要考量之利益，亦為公益？若是如此，則相對人之主張過於一般、抽象，而欠缺具體性，因而無法釋明本件該當於對公共利益有重大影響之虞的要件。惟公益本質即為不確定法律概念而具有一般、抽象之特性。是相對人究竟要對之主張到何種程度，始堪稱具備具體性，似不無疑問？可見，法院審理在系爭公開決定是否應停止執行時，其實體要件之內涵應先加以釐清，否則將無法對於是否應停止該公開決定，做清楚、合理之交代。

再者，法院於審理系爭公開決定是否應停止執行時，似遵循：先審理「本案顯無理由」之要件；其次，再審理「為避免重大之損害而有緊急之必要」之要件；最後，始審理「對公共利益有重大影響之虞」之要件。惟法院審理該實體要件時，是否必定須遵守該審理順序？若非如此，其理由何在？此外，即使於決定個各要件之審理順序後，在審查系爭事實是否該當於各該實體要件時，其要件是否會相互影響而對法院之判斷有所作用？此皆為值得討論之課題。

## 二、停止執行之實體要件之內涵

### (一) 日本學說

關於停止執行之實體要件，於 2004 年新法修正前，日本學界通說將之區分為四個，亦即：「為避免難以回復之損害」、「緊急之必要」、「對公共利益產生重大之影響」以及「本案顯無理由」。其中「為避免難以回復之損害」、「緊急之必

要」屬於積極要件，由聲請人負主張和釋明責任；而「對公共利益產生重大之影響」、「關於本案顯無理由」則屬於消極要件，由行政機關負主張和釋明責任<sup>92</sup>。

且如前所述，現行停止執行制度主要是建立在非第三人效力之行政處分上，所涉及之利益主要為行政處分之作成所欲達成的公共利益與處分相對人之私益。在此前提之下，日本通說認為，所謂「為了避免難以回復的損害而有緊急之必要」，乃是指為了避免處分相對人之權利產生難以回復的損害而有緊急之必要。而所謂「對公共利益產生重大的影響」，乃是指若停止該行政處分之執行，將會對該原處分之作成所欲達成公共利益產生重大的影響。至於所謂的「關於本案顯無理由」屬消極要件，由行政機關負主張和釋明責任，而非由處分相對人負擔之<sup>93</sup>。惟如前所述，行政機關之公開決定在實體法上即可被定性為第三人效力之行政處分，在涉及到第三人效力之行政處分之停止執行，主要涉及到處分之受害者與受益者的利害調整，而非如一般行政處分係涉及到公共利益與處分相對人之私益的權衡。是以，上述日本學者通說對於停止執行之實體要件的詮釋，勢必做某程度的修正以因應之。

學者阿部泰隆認為，在現行日本之停止執行制度下，如果聲請人向法院聲請停止執行，只要是「為避免其權利有難於回復之損害而有緊急之必要性」時，原則上就應該做出停止執行之決定。蓋，「對公共利益產生重大的影響」以及「本案顯無理由」僅為消極要件，在第三人向法院聲請停止執行時，只要第三人釋明其符合屬於積極要件「為避免其權利有難於回復之損害而有緊急之必要性」時，原則上即推定消極要件不該當，法院就應該做出停止執行之裁定。在此前提下，停止原處分之執行而對於處分相對人所生之不利益，似乎僅能在是否「對公共利益有重大影響」之消極要件下做考慮。準此，在如此法條之解釋與運作下，將明

<sup>92</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁621-627（金子正史執筆）。

<sup>93</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁621-627（金子正史執筆）。

顯地偏袒第三人而輕忽處分相對人之權益，因而對於停止執行之實體要件的內涵做某程度的修正，乃勢在必行<sup>94</sup>。

至於應如何修正呢？其認為第三人在對於職權撤銷之處分的停止執行之審理程序上，與主張維持職權撤銷處分之行政機關立於相同的立場。因而第三人在此程序中，不得不做如下之主張：即使停止執行，對於處分相對人也不會有為了避免回復困難之損害而有緊急之必要性；且關於處分相對人對於原處分乃適法之主張，亦無理由；並且處分之執行乃至於利用，將會對公共利益產生重大影響。準此，在職權撤銷處分之停止執行的審理程序上，因聲請人為處分相對人，是在考量處分相對人之利益下，依據第三人於該程序中之主張，停止執行之要件將會被相反地適用<sup>95</sup>。

並且，因針對第三人效力之行政處分，法院依據第三人之聲請而做成的停止執行裁定，與行政機關對於處分相對人所做成之職權撤銷的決定，兩者具有相同之機能，同樣地皆使處分相對人之既得權無法實現。亦即，在第三人向法院聲請停止執行時，就有如在第三人向法院請求命行政機關作成職權撤銷之決定。又因在職權撤銷處分之停止執行的審理程序上，在考量處分相對人之利益下，依據第三人之主張，停止執行之要件將會被相反地適用，是在第三人向法院聲請停止執行時，第三人亦應同樣地主張停止執行之要件須被相反地適用，始為合理<sup>96</sup>。詳言之，在第三人聲請停止執行時，亦應與對於職權撤銷之處分的停止執行之審理程序同，須以保護處分相對人之權益為考量，而將停止執行之要件內涵某程度加以修正：考量「本案有無理由」時，與一般停止執行程序同，乃由第三人釋明本案之被保全的權利存在，而非由行政機關負釋明責任。惟在考量到保全之必要性時，其要件即須被相反地適用，亦即，處分相對人之利益乃是「為避免難於回復

<sup>94</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985年，頁196-197。

<sup>95</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985年，頁197-198。

<sup>96</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985年，頁197-198。

之損害而有緊急之必要性」的要件所須考量；至於第三人之利益則為「對於公共利益有重大之影響」的要件所須斟酌<sup>97</sup>。

## （二）本文見解

上述學者之該等見解，似乎係以保護處分相對人之權益為第一要務所作之解釋，惟停止執行之聲請人即處分相對人以外之第三人，其權益相較之下似顯得次要。會有如此想法，本文認為該學者可能是基於下列兩點之考量：首先，第三人可能於其利益遭受不利影響時，不論其所受影響的利益是屬於法律上之權利抑或僅僅是事實上之利益，即隨意地向法院聲請停止執行，以防止其利益繼續遭受到不利益之影響。若第三人僅僅是事實上之利益遭受侵害，隨即恣意聲請停止執行，又配合現行停止執行之制度朝向有利於聲請人之運作下，處分相對人之權利將受到不當的影響，乃屬於不可避免之事。是以，在涉及第三人效力之行政處分之實體審查程序時，朝向對處分相對人有利方向來運作，自屬當然。惟本文認為上述顧慮並不存在。蓋現行停止執行制度，不僅存在實體要件亦存有程序要件<sup>98</sup>，在停止執行之程序要件中之一即為當事人適格，亦即第三人向法院聲請停止執行須具有聲請人適格，否則其停止執行之聲請將為不合法。至於如何判斷是否具有聲請人適格，通說認為與在本案訴訟上判斷是否具有原告適格之標準一致，亦即具有法律上利益者具有聲請人適格<sup>99</sup>。是以，在具有聲請人適格之程序要件過濾下，第三人其利益遭受不利影響時，若僅僅是事實上之利益遭受侵害，根本

<sup>97</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985年，頁198-199。

<sup>98</sup> 日本法對於此點，似都視為理所當然，而不加討論；於中文文獻，特別強調此點，並提出實質的論理，可參見：林明昕，「淺論行政訴訟法上之實體裁判要件」，收錄於『公法學的開拓線』，元照，2006年，頁333-335。其認為，作為正式權利救濟程序之一種的行政訴訟，其以嚴格的訴訟程序面要件之齊備，作為法院本案裁判的前提，絕非是一種形式主義，而是基於司法資源的合理分配、當事人地位平等、憲法上權力分立之要求。同理，則其他法院或非法院所進行的正式權利救濟程序，如訴願與暫時權利保護程序，也因其為正式權利救濟程序，而有區分程序面與實體面之必要，進而須適用「實體裁判要件」的概念。

<sup>99</sup> 南博方編，弘文堂，1987年，頁617-618（金子正史執筆）。室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁288-289。



無法利用停止執行制度來影響處分受益者之權利。若有此等顧慮，實屬於不必要。

其次，上述將停止執行之要件內涵做如此解釋，可能是認為在現行制度下，處分相對人之權利僅能在是否「對公共利益有重大影響」之消極要件下來做考慮，對處分受益人之保護顯然不周。會有該想法，本文以為乃與學界對於「對公共利益有重大影響」之見解有關。學說多認為，此處所謂「公共利益」乃指，該行政處分之作成所欲達成公共利益。並認為基於法治國家保障人民權利之理念，該要件應盡量少用，否則動不動以會對公共利益產生重大的影響，來駁回人民對於停止執行之聲請，難免會有不當否定人民之權利救濟管道的嫌疑。是以，在日本實務上，該要件乃是停止執行之四個實體要件中，該當此要件的機率是最低的<sup>100</sup>。所以，處分相對人之權利僅能在是否「對公共利益有重大影響」之消極要件下來做考慮，對處分受益人之保護並不周全，才會主張將停止執行之要件做如此的修正適用。惟如此適用的結果，卻是以處分相對人之權利為主要考量，而顯然有意輕視第三人之權益，是以，如此運作之結果並不符合處分相對人與第三人之權益，兩者均須平等地獲得保障之國家保護義務的要求。

除此之外，第三人於其法律上之權利遭受不法侵害，而針對該公開決定提請撤銷訴訟同時聲請停止執行時，該停止執行制度於此時與撤銷訴訟相同，皆是作為第三人權利保護之制度，是以，上述學者以處分相對人之權利為主要考量，而對於第三人之權利僅放在「對公共利益有重大影響」作考量，似乎不符合此時該制度作為第三人權利保護機制之本旨。

綜上所述，本文認為，處分受害者即第三人之利益為「為避免其權利有難於回復之損害而有緊急之必要性」的要件所要考量的；至於處分受益人之利益則為

<sup>100</sup> 南博方編，弘文堂，1987年，頁664-665（金子正史執筆）。室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁299。

「對於公共利益有重大影響」之要件所須斟酌的。惟因為此時「公共利益」之內涵主要即為處分相對人之利益，因資訊公開而得促進民主參與之公益即被吸收於資訊公開請求權中，至於該公開決定所依據之法規所欲達成之其他公共利益或許存在，惟其內涵極為抽象和不確定性，所以，本文認為在做停止執行之利益權衡的判斷時，應得忽略之，而對於是否停止原公開決定之執行，不會有什麼影響。在此對於「公共利益」的解釋下，則「對於公共利益有重大影響」之要件，即不再有為避免國家行政權優位，而盡量做限縮解釋的考量。亦即，在此種私人間紛爭色彩濃厚的事件，應該朝向均衡維護處分相對人與第三人之權益的方向來運作，避免任意偏重於任何一方之權益來考量。

在此前提下，上述之實例中法院認為，相對人之主張過於一般、抽象，而欠缺具體性，因而無法釋明該當於「對公共利益有重大影響」的要件，即有其正當性。因所謂「公共利益」之內涵主要即為處分相對人之利益，是相對人須具體的釋明資訊公開請求權人之請求公關係爭行政文書的權利，不會受到重大影響，始足當之。若僅空泛地指稱，若停止執行將對資訊公開制度有所影響，而不利人民對於政治之監督或人民對於政府之信賴，而未提及資訊公開請求權人之權益，自不該當於該要件。

### 三、停止執行之實體審查的順序

如前所述，行政機關的公開決定在實體法上乃為第三人效力行政處分，在對於第三人聲請停止執行時，其停止執行之實體要件之內涵討論之後，於此成為問題的是，對於各該實體要件相互間之審查的先後順序為何？亦即在第三人效力之行政處分中停止執行之實體審查的順序為何？此乃極欲釐清的問題，蓋採取不同的實體審查順序，對於審查的結果—即是否停止執行，往往會有重大的影響。

對於停止執行之實體審查順序，目前我國實定法並沒有規定，國內學界的討論似乎也僅止於一般之行政處分的停止執行之實體審查順序的討論。是以，待解決的問題乃針對於涉及到第三人效力之行政處分的停止執行之實體審查順序，是否得與一般之行政處分的停止執行之實體審查順序相同，抑或須採用另外一種方式？本文對此問題認為實體審查順序不外乎是法官在從事停止執行的實質審理時，對於保全之權利與保全之必要性，應優先審查哪一個亦或須同時審查二者。在一般行政處分所涉及到的利益，乃公共利益與處分相對人之私益；惟在第三人效力行政處分所涉及到的利益，乃處分相對人與第三人之私益。縱使實體要件之內涵並不相同，惟對於保全權利與保全必要性之審查順序，似無須做不同處理的理由。是以，本文認為對於涉及到第三人效力之行政處分的停止執行之實體審查順序相同於一般行政處分的處理模式。在此前提下，本文在此擬先行介紹學界對於涉及到一般行政處分的停止執行之實體審查順序之相關論述；再行從中指出，涉及到第三人效力行政處分的停止執行之實體審查順序，應以何者為宜以及應該如何具體操作。

### （一）日本學說

首先，在日本學界方面，如前所述，其將實體要件分為四個，即「為了避免難以回復的損害」、「緊急之必要」、「對公共利益產生重大之影響」、「本案顯無理由」。其中「為了避免難以回復的損害」、「緊急之必要」屬積極要件，由聲請人負主張和釋明責任；而「對公共利益產生重大之影響」、「關於本案顯無理由」屬消極要件，由行政機關負主張和釋明責任。惟日本學界的討論主要是著重在對於各個實體要件之內涵的探討。例如，對於何謂「為了避免難以回復的損害」，或

者符合「緊急之必要」之要件事實的判斷標準為何，作了詳細地詮釋與分析<sup>101</sup>。

除此之外，日本學界通說亦認為，以上停止執行之積極要件與消極要件並非個別獨立被判斷，而是應該要作綜合判斷，亦即各個要件相互間皆可能會相互影響<sup>102</sup>。本文以下將分為三點，來簡要說明其學說之內涵。首先，是本案權利是否存在，即「關於本案顯無理由」的要件。如果法院作成停止執行的決定後，處分受害人已獲得終局的滿足（滿足的停止執行），後來即使本案訴訟程序確定該處分是適法的，可能已經失去了回復執行利益原狀之事實上意義時，則須嚴格且積極來審查該要件。例如，公務員因被處以停職處分而聲請停止執行且被准許後，若該名公務員在停止執行期間退休，即使其最後敗訴確定，則其仍能合法保有其執行職務期間之薪資，與從未受有停職處分之事實上結果相同<sup>103</sup>；相反的，若因為處分之執行，則本案之訴訟將徹底、完全失去其意義時，則須從寬審查該要件。例如，驅逐外國人出境之事件，如果驅逐外國人出境之決定已被執行完畢，則對於該決定所提起本案之訴訟將無任何意義可言<sup>104</sup>。

其次，日本學界通說認為在判斷是否「對公共利益產生重大的影響」須與「為了避免難以回復的損害而有緊急之必要」比較衡量，亦即必須進行公共利益與處分受害者之私益的衡量比較，如果有犧牲公共利益而有維護聲請人之權利時，則法院應做出停止原處分執行之決定。例如，在公共設施之使用事件上，聲請人使用公共設施目的是在行使其憲法上所保障之集會或言論自由，雖因其行為而使公共設施之一般利用者或周圍居民產生不便，惟比較雙方之利益，仍以作成

<sup>101</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁621-627（金子正史執筆）。

<sup>102</sup> 宇賀克也，行政法概說Ⅱ-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁252。

<sup>103</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁627（金子正史執筆）。宇賀克也，行政法概說Ⅱ-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁252。另外，有關「滿足的停止執行」之深入討論，詳見：阿部泰隆，行政救濟の実効性，弘文堂，1985年，頁197-199。

<sup>104</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁627（金子正史執筆）。宇賀克也，行政法概說Ⅱ-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁252。

停止執行之決定為宜<sup>105</sup>。

最後，保全之權利與保全之必要性間亦有一定之關聯，亦即關於本案是否顯無理由會影響到雙方利益比重之高低。換言之，本案如果是顯有理由時，因為維持處分以達成公共利益之重要性會降低，則相較之下處分被害者行使權利之正當性之會升高；反之，若本案是顯無理由時，因為處分被害者行使權利之正當性會變低，則相較之下維持處分以達成公共利益之重要性將會升高<sup>106</sup>。

上述日本學說之見解，對於各個停止執行之實體要件的相互間的關係，雖然提出了「綜合判斷法」，而認為除了在判斷是否具有保全之必要性時，要從事雙方利益衡量外，在保全之權利與保全之必要性間亦會相互影響。但是，「綜合判斷法」對於各個實體要件之審查之先後關係為何，仍不甚清楚，尤其是保全之權利與保全之必要性的審查順序為何似未見討論<sup>107</sup>。德國學說與實務的討論，似乎就值得吾人來借鏡。

## （二）德國學說

於德國之學說與實務上，關於停止執行之實體審查標準討論頗多，而且主要集中在「利益衡量」與「階層模式」兩者之爭議。所謂「利益衡量模式」，又可分為「純粹的利益衡量」與「附帶明顯性審查的利益衡量」。在前者，停止執行有無理由，取決於具體個案中各方利益的評價與權衡，亦即與實體法如何規定無關。換言之，聲請人在本案之勝訴希望如何，不在考量之列。至於後者，仍以利

<sup>105</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁624（金子正史執筆）。宇賀克也，行政法概說Ⅱ-行政救濟法，有斐閣，2006年，頁252。

<sup>106</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁624（金子正史執筆）。室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁293-294。

<sup>107</sup> 實際上，日本法上之「綜合判斷法」頗類似於德國法上之「純粹的利益衡量模式」。

益衡量為主，僅在聲請人之本案勝訴希望明顯時，始將之一併納入考量。至於所謂「階層模式」，則可區分為三階段。首先，為繫諸於實體法之略式審查，研判聲請人本案救濟之勝訴希望。如果本案顯有勝訴希望，則停止執行；反之，如顯無勝訴希望，則不停止執行。在此階段不進行利益之評價與衡量。第二階段以後，始進行利益衡量。所謂利益衡量又分為兩階段：如於勝訴希望無明確的答案，但仍有一定程度之蓋然性時，則宜並將之納入利益衡量的要素，研判是否停止執行；惟若完全無法預測到本案勝訴機率之高低時，則進行純粹之利益衡量<sup>108</sup>。

對於德國學界之「利益衡量」與「階層模式」的爭議，通說採「階層模式」，本文亦贊同其說。蓋利益衡量模式忽略了作為暫時權利保護制度一環的停止執行，其最終目的具有補充本案訴訟程序功能上之不足，而與該程序共同實現一個真正「權利保護」的機能。換言之，輔助本案訴訟程序之停止執程序，亦為人民之權利保護程序。準此，必須人民享有權利，且該權利受到侵害時，國家始有介入並加以保護之必要。是以，在停止執行之實體審查程序上，若處分受害人之本案主張顯無理由時，受害人並不享有其所主張之系爭權利，國家實不須保護他而得逕行駁回。此外，因為停止執行審查程序基於時間之緊迫性，而僅能做粗略的審查。因此，在無法完全確認聲請人之請求在實體法上之理由的精準度，以致於不能斷定其於本案訴訟程序中是否顯有勝訴希望時，仍須佐以利益衡量模式以為補充<sup>109</sup>。

### （三）本文見解

<sup>108</sup> 林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準-以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006 年，頁 29-31、35-36。

<sup>109</sup> 林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準-以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006 年，頁 31-35。

如前所述，日本學說對於各個停止執行之實體要件的相互間的關係，提出「綜合判斷法」，認為除了在判斷是否具備停止執行之實體要件時，各個實體要件間皆會相互影響。此外，德國學界之「階層模式」，則是對於法院在審查是否具備停止執行之實體要件時，到底應優先審查哪一個要件，做了明確說明。由此得知，上述日本與德國學界對於停止執行實體審查標準之相關論述，並非處於相互排斥或矛盾之關係，無寧是居於相輔相成之互補關係<sup>110</sup>。

基於上述日本「綜合判斷法」之學說見解，並佐以德國通說之「階層模式」，則在第三人對於行政機關之公開決定，向法院聲請停止執行時，法院對於停止執行之實體要件應如何具體操作？本文說明如下。須將整個審查程序分成兩個階段：第一個階段乃略式審查，亦即，審查第三人關於本案主張之勝訴希望如何，若本案主張顯無理由，亦即第三人之權利不存在之機率非常高，則法院應逕行駁回；相反，若本案主張顯有理由，亦即第三人之權利存在之機率極高，則法院應做出停止執行之裁定。惟在此略式審查階段，並非純粹地判斷本案權利之有無，亦應考量保全之必要性，而提前進行利益衡量；若處分相對人無法在「當下」取得資訊的內容，而是在延宕甚久後始取得該資訊，隨著時間的流逝，對於處分相對人而言該資訊的取得已無重大意義。此時，因為法院作成停止執行的決定後，第三人已獲得終局的滿足（滿足的停止執行），後來即使本案訴訟程序確定該處分是適法的，亦可能已經失去了回復執行利益原狀之事實上意義時，則須嚴格且積極來審查該要件。例如：大選前在野的候選人（挑戰者）發現執政的一方利用公權力機關監聽其選舉策略，而向該公權力機關請求公開相關資訊，此時若行政機關已作成公開決定，惟若執政一方之候選人因不服公開決定，不但向法院提起

<sup>110</sup> 在日本法之綜合判斷法上，提到保全之必要性有可能影響到法院在審查本案權利時的審查密度。若從該點觀之，似乎需優先審查保全之必要性，再審查本案權利，如此一來，似與德國法上階層模式有所矛盾。惟德國法上階層模式，乃提供法院於審查停止執行之實體要件時，得遵循一定之步驟，而使人民對於審查之結果較具有預見可能性。其並不禁止法官基於事件之特殊性，於審查本案權利時，已對於保全之必要性心存定見。是以，「綜合判斷法」與「階層模式」在實際之操作上，應還是可以加以結合，而無矛盾之處。

撤銷訴訟，同時亦聲請停止原處分之執行，而法院亦很快地作出停止執行之裁定，則隨著選舉結束，甚至不當獲勝的執政者新一任的任期屆至，即使在本案訴訟確認該公開決定為適法，惟此時知悉該資訊與否對已落敗的候選人而言已無太大意義<sup>111</sup>，即應從嚴審查該要件；相反地，在一般情況下，公開決定一旦執行，則基於資訊一旦揭露無法回復原狀之特性，本案之訴訟程序將徹底完全失其意義，並且就算事後證明該公開決定是屬違法而得請求國家賠償，以社會通念的角度來看，僅以金錢賠償第三人亦不能獲得合理之填補時，此時第三人權利保權之必要性顯然較高，則無須嚴格審查該要件。

惟若在略式審查階段無法明確地判斷第三人在本案勝訴之希望時，則須再進行第二階段之利益衡量模式。在德國有學者反對利益衡量模式，其理由主要為利益衡量模式忽略權利保護觀點而混淆「權利」和「利益」之外，法官在從事利益衡量模式時，從未對相關利益分別為何，做必要之說明；更遑論去解釋哪些利益在系爭個案中具有重要性值得斟酌，又哪些不具有重要性，得以忽略。在甚少實質說理的情況下，容易流於恣意之指摘而充滿著不確定性<sup>112</sup>。是以，在採行利益衡量模式的場合，其衡量標準須明確且法官須依照該標準來實質說理，乃是首要的課題。

在第三人針對公開決定聲請停止執行之程序上，如前所述，其所涉及到的利益主要為第三人與處分相對人之權利，而類似於私人間的紛爭。是以，憲法上基本權衝突之利益衡量模式似乎可以作為參考之原型。亦即，雙方當事人所涉及到基本權之種類、基本權受侵害的強度、基本權受侵害的時間長短，以及當事人經

<sup>111</sup> 謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年，頁49。

<sup>112</sup> 林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006年，頁32。



濟地位之強弱等可為參考因素<sup>113</sup>。惟憲法上基本權衝突之利益衡量模式乃是以實體法的角度來出發，在第三人之停止執行制度之利益衡量模式中，尚須加入「第三人在本案勝訴機率之高低」之程序因素來修正之。

例如，行政機關決定公開的資訊涉及到第三人的生命、身體或自由法益，相較於處分相對人之資訊公開請求權顯有較高的價值<sup>114</sup>；且公開決定一旦執行後，可能會強烈地使第三人喪失生命、身體或自由法益；且法院雖然無法明確地斷定第三人在本案必然會勝訴，惟仍有一定勝訴機率時。綜合各項因素判斷下來，第三人之權益比重顯然較高，因而該當於「為了避免難以回復的損害而有緊急之必要」之機率高；相較之下，處分相對人之權利比重較低，該當於「對公共利益有重大影響」之機率偏低。又例如，決定公開的資訊涉及到對於第三人經濟活動影響不甚重大的財產權，相較於處分相對人之資訊公開請求權之行使，乃是為了遂行其政治上之權利，兩者相較，處分相對人之資訊公開請求權顯有較高的價值<sup>115</sup>；且公開決定一旦執行後，可能僅會輕微地影響第三人之財產法益；且法院雖然無法明確地斷定第三人在本案一定會敗訴，惟其勝訴機率不算高乃屬可以確定。此時，綜合判斷各項因素後，第三人之權益比重顯然較低，該當於「為了避免難以回復的損害而有緊急之必要」之機率低；相較之下，處分相對人之權利比重較高，該當於「對於公共利益有重大影響」之機率偏高。

在此前提下來檢討上述實例，於上述裁定中法院先行審查是否該當「本案顯無理由」之要件，其後始再行審查之要件「避免重大的損害而有緊急的必要」與「對公共利益有重大影響之虞」，似有德國法上階層模式的味道。惟其後在判斷

<sup>113</sup> 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年，頁175-176；許宗力，基本權的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，2003年，頁68。

<sup>114</sup> 謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年，頁52-54。

<sup>115</sup> 謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年，頁52-54。

「避免重大的損害而有緊急的必要」與「對公共利益有重大影響之虞」之要件時，似乎僅重視舉證責任而輕視利益衡量，實屬遺憾。尚且，在一般情況下，公開決定一旦執行，則基於資訊一旦揭露無法回復原狀之特性，本案之訴訟程序將徹底完全失其意義，並且就算事後證明該公開決定是屬違法而得請求國家賠償，以社會通念的角度來看，僅以金錢賠償第三人亦不能獲得合理之填補時，此時第三人權利保護之必要性顯然較高，應無須嚴格審查該要件。惟本件法院對於「本案顯無理由」之要件的審查卻有嚴格化之傾向，似非妥當。

#### 四、小結—論我國法上之解釋

鑑於資訊一旦公開後即無法回復至未公開的狀態，基於第三人權利保護之實效性的要求，暫時權利保護已成為一個不可或缺的制度。我國行政訴訟法中即設有假扣押、假處分與停止執行之制度以因應之。是以，在第三人針對公開決定不服時，除了得提起撤銷訴訟外，亦得向法院聲請停止執行，以維持其權利保護之實效性。至於該行政訴訟法第 116 條所規定之實體要件的內涵，亦應如同本文與對於日本法之詮釋，而做如下之解釋，即：所謂「難於回復之損害，且有急迫情事者」所應考量之利益，乃聲請人之權益；相反地，所謂「於公益有重大影響」所應考量之利益，則為資訊公開請求權人之權益。詳細的理由，請參照前文，於此不在贅述。

此外，在該要件內涵之細部詮釋方面，實務是如何操作？雖然於本論文寫作時，尚未見有因資訊公開而受損之第三人向法院聲請停止執行，惟若綜觀我國目前之行政爭訟實務，即可得知法院吝於給予人民停止執行之裁定，似乎為常態<sup>116</sup>。其主因乃國內實務在審查「難於回復之損害」，皆認為包括「不能回復原狀」、

<sup>116</sup> 詳細之分析，可參見：林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究

「不能金錢賠償」及「一般社會通念上，執行可認達到回復困難之程度」<sup>117</sup>表面上之解釋似為寬鬆，惟於實際的操作上往往從嚴審查，將其內涵操作為「得否以金錢加以賠償」<sup>118</sup>。亦即，只要人民之權益得於事後以金錢加以賠償，無論該賠償以一般社會通念來看是否適當，或該賠償是否為人民所意欲，皆認為不該當於「難於回復之損害」之要件，「一般社會通念上，執行可認達到回復困難之程度」未有被適用之機會。準此，若第三人以生命、身體、隱私或營業秘密等因公開決定而遭受侵害為由，向法院聲請停止執行時，因該權利被侵害所生之損害，依法律規定似皆得以金錢賠償<sup>119</sup>，是以，第三人之聲請被法院駁回，乃屬於可預期的。

惟實務之作法是否妥當？實不無疑問。蓋日本通說對於舊行政事件訴訟法第 25 條第 2 項「難於回復之損害」之內涵皆認為，除了不能回復原狀或不能以金錢賠償之損害外，在「一般社會通念上不能僅以金錢賠償之損害」亦包括在內。且在實務之操作上似乎亦遵循該解釋意旨，於認為聲請人已屬生活窮困或者其所經營之事業已有破產之虞，皆為日本法院認為該當於「難以回復之損害」的實例<sup>120</sup>。儘管如此，立法者還是認為實務上對該法第 25 條之操作過於嚴苛，而於 2004 年行政事件訴訟法大修正時，導入實效性解釋的觀點，將原條文之「難以回復之損害」的用語修正為「重大損害」，並在同條第二項之後，插入新的第三項，而作如下之解釋規定：「法院於判斷前項所規定之重大損害有無發生時，亦應考慮損害回復之困難程度，並調查損害之性質與程度，及處分之內容與性質」，用以指示法院對於前開所謂的「重大損害」，該如何解釋。總之，不論是上述修法前之通說見解或是修法後之條文規定，皆未如我國實務般採取如此狹隘之操作，而是採取較為寬鬆之見解，以利聲請人獲得停止執行之裁定。反觀，我國

---

院法律學研究所籌備處，2006 年，頁 12-16。

<sup>117</sup> 例如：最高行政法院裁定 96 年度裁字第 01215 號裁定。

<sup>118</sup> 林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準-以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006 年，頁 21-22。

<sup>119</sup> 參照：民法第 192 條以下及同法第 213 條以下。

<sup>120</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 623（金子正史執筆）。

之停止執行制度雖與日本舊行政事件訴訟法第 25 條第 2 項出於同源，對照之下，我國實務在操作「難於回復之損害」時，實過於嚴格而不利於聲請人。縱使在第三人針對公開決定不服，而向法院聲請停止執行，卻往往僅能得到一個駁回裁定，對第三人權利保護之實效性，以均衡維護資訊公開請求權人第三人之權利的理想，將成為空談。準此，我國實務對於「難於回復之損害」之操作，實宜參考日本法制的發展做適度之修正，使因資訊公開而權益受損之第三人，有適用停止執行制度之機會。以免讓停止執行空有暫時權利保護之名，實質上卻無保護人民權利之實。

再者，法院對於第三人針對公開決定聲請停止執行時，於操作該實體要件時，該要件間有無一定程度之關聯性，甚者於審查時有無一定之順序關係？此涉及到停止執行實體審查順序。如前所述，本論文寫作時，尚未見有因資訊公開而受損之第三人向法院聲請停止執行，惟若綜觀我國目前之行政爭訟實務，其似乎未意識到該問題，而僅在學界始有所討論。惟倘若法院對於第三人之停止執行的聲請上，能夠提出明確的實體審查順序，除了能讓法院最後所做出之裁定更具說服力，而提升人民對於司法的信賴外，更有助於法院在時間有限的壓力下，迅速且正確地做成裁定；而且建構一套合乎理論與規範的實體審查流程，也才能就資訊公開請求權人與因資訊公開而受損之第三人間的利益關係，做妥適且合理的分配，始不至於隨意地偏重一方之權利，而對他方有所不公之現象發生。至於，其審查順序，似可參酌日本法上「綜合觀察法」與德國法上「階層模式」。關於其如何具體的運用至資訊公開法制上第三人之停止執行的程序中，因前已所述及，於此，即不再多所贅言。

#### **肆、停止執行制度之立法上的建議**

最後，如前所述，第三人與資訊公開請求權人之權利處於相互競爭之狀態，尤其在法院對於聲請人在本案之勝訴希望，無法形成明確的心證，而需進入利益衡量階段時，競爭之狀態最為明顯。在此階段，法院於具體事件中透過利益權衡原則，在相互衝突的基本權中決定何種基本權利應優先受保障及受如何程度的保障。換言之，在作利益權衡時，應考量的觀點是在不受絲毫損傷的平衡下，調和基本權利在衝突中彼此的矛盾，而非排除或犧牲某一個基本權利。若無法達成此一調和的目的，在參酌案件的類型及個別案件的特殊環境下，其中一個基本權的利益固然必須退讓，然而所退讓的程度不得侵犯該基本權利的核心內涵<sup>121</sup>。於民事訴訟上之私人間紛爭，即是典型之基本權衝突的情形。是以，立法者再作基本權衝突之權衡時，即依循該原則，而規定債權人聲請對債務人假扣押或假處分時，須釋明假扣押或假處分之原因，如法院認為釋明有所不足，得定相當之擔保，命供擔保後使得為假扣押或假處分；即使請求與或假處分之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為假扣押<sup>122</sup>。換言之，立法者除了使債權人之權利獲得實效性的保障，亦顧慮到債務人可能因其促使法院為不當之處分而使其受損，而設有擔保金制度。於債權人之權利獲得保障時，若債務人受到不當之損害亦得以擔保金取償而即時獲得填補。

在行政機關作成公開決定而實現處分相對人之資訊公開請求權，同時該決定並可能涉及到第三人之隱私或營業秘密等權利，而對第三人有侵益之效果時，該公開決定在實體法上即可被定性為第三人效力行政處分。在涉及第三人效力行政處分之事件中，形式上雖有行政機關之行政處分的介入，惟實質上私人間紛爭之色彩甚為濃厚。然而依據我國行政訴訟法第 116 條的規定，法院對於停止執行之聲請，卻採取與民事訴訟法上保全程序不同之立法方式，原則上只有「(部分)停止」及「(部分)不停止」兩種裁定的可能性，並沒有設立擔保金制度或其他

<sup>121</sup> 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2004 年，頁 200-202。

<sup>122</sup> 民事訴訟法第 526 條與同法第 533 條。

可保障相對人之措施。是該制度顯然無法適切的反應權衡雙方當事人權利後之結果，而僅能做出一方之權利須受完全保護，而他方之權利則須受到完全退讓之極端的裁定；相反地，做為我國與日本暫時權利保護制度繼受泉源的德國，其針對停止執行或不停止執行之裁定的設計，早已脫離「全有」或「全無」間的零和遊戲；依據德國行政法院法第 80 條第 5 項第 4 句及第 5 句<sup>123</sup>，停止執行之裁定，除得「提供擔保」之條件或其他「負擔」之要求外，尚能另附「期限」。換言之，法院在此針對停止執行之准否的中間選項，大為增加。這種較新的立法例，在第三人聲請停止執行的案件中，需求性特別明顯，亦即較能迎合法院權衡雙方當事人權利後之結果<sup>124</sup>。於資訊公開法制下，法院對於公開決定作成停止執行之裁定時，得同時命第三人提供擔保金，以作為停止執行之條件。我國未來在修法時，實應參酌該准許中間選項之立法例的精神來修正，使法院無論於准許或駁回第三人停止執行之聲請時，皆得附加條件、期限或負擔，以符合資訊公開請求權人與因資訊公開而受損之第三人，雙方實質上當事人之權利平等保護的原則。



## 伍、結論

因資訊一旦公開後即無法回復至未公開的狀態，所以即使第三人能夠提起撤銷訴訟以防止關於其自身的資訊被公開，惟隨著冗長的訴訟程序之進行，若第三人尚未得到本案判決時資訊即被公開，則第三人所提起之撤銷訴訟將無訴訟實益，後續的救濟行為恐怕只剩下如何補償的問題。然此與該第三人最為關切之「資

<sup>123</sup> 德國行政法院法第 80 條第 5 項：「在第 2 項第 1 款至第 3 款之情形，本案管轄法院得依聲請命訴願及撤銷訴訟有一部或全部之延宕效力；在第 2 項第 4 款之情形，並得重新賦與訴願及撤銷訴訟有一部或全部之延宕效力。依前項規定所為之聲請，於撤銷訴訟提起前亦得為之。行政處分於裁判前已經執行者，法院得命廢棄原執行。延宕效力之重新賦與，得繫於擔保之提供或其他負擔之履行。其並得附期限。」，該條文之中譯乃參考自：林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005 行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006 年，頁 27-28。

<sup>124</sup> 林明昕，「論第三人權利救濟」，收錄於『第八屆行政法實務與理論學術研討會之會議論文集』，頁 6-7。

訊不公開」間，已有甚大的差別。是以，此時如何適切地來保護第三人之權利將成為問題。於是，國家為了因應人民之此等對訴訟制度的需求以符合憲法意旨，即於在訴訟制度中設立停止執行制度。依此制度設計，人民有權請求法院於其本案訴訟繫屬中，命原處分機關停止公開處分之效力、執行與程序的續行，以使本案訴訟的進行與結果能有具體的實益。又公開決定在實體法上應被定性為第三人效力行政處分。惟現行停止執行制度主要是建立在非第三人效力行政處分之上，是以，如何在解釋論上將之做某程度之修正，即成為待解決之問題。

首先，關於實體審查要件之內涵。本文認為，處分受害者即第三人之利益為「為避免其權利有難於回復之損害而有緊急之必要性」的要件所要考量的；至於處分相對人之利益則為「對於公共利益有重大影響」之要件所須斟酌的。惟因此時「公共利益」之內涵主要即為處分相對人之利益，至於該公開決定所依據之法規所欲達成其他之公共利益或許存在，惟其內涵極為抽象和不確定性，所以，本文認為在做停止執行之利益權衡的判斷時，應得忽略之，而對於是否停止原公開決定之執行，不會有什麼影響。

其次，關於實體審查要件之順序。本文認為日本學說對於各個停止執行之實體要件的相互間的關係，提出「綜合判斷法」，認為在判斷是否具備停止執行之實體要件時，各個實體要件間皆會相互影響，惟其對於要件間審查時的順序關係則並未說明。此外，德國學界之「階層模式」，則是對於法院在審查是否具備停止執行之實體要件時，到底應優先審查哪一個要件，做了明確的表態。由此得知，上述日本與德國學界對於停止執行實體審查順序之相關論述，並非處於相互排斥或矛盾之關係，無寧是居於相輔相成之互補關係。至於，如何具體操作，請參見前文。

最後，在行政機關做成公開決定而實現處分相對人之資訊公開請求權，同時

該決定並可能涉及到第三人之隱私或營業秘密等權利，而對第三人有侵益之效果時，該公開決定在實體法上即可被定性為第三人效力行政處分。在涉及第三人效力行政處分之事件中，形式上雖有行政機關之行政處分的介入，惟實質上私人間紛爭之色彩甚為濃厚，該雙方當事人之權利均須受均衡之保障。然而依據我國行政訴訟法第 116 條的規定，法院對於停止執行之聲請，卻採取與民事訴訟法上保全程序不同之立法方式，原則上只有「(部分)停止」及「(部分)不停止」兩種裁定的可能性，並沒有設立擔保金制度或其他可保障相對人之措施。是該制度顯然無法適切地反應權衡雙方當事人權利後之結果，而僅能做出一方之權利須受完全保護，而他方之權利則須受到完全退讓之極端的裁定。我國未來在修法時，實應參考德國立法例來修正，以符合資訊公開請求權人與因資訊公開而受損之第三人，雙方實質上當事人平等受到保護的原則。





## 第三章 預防性之救濟程序

### 第一節 概說

當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之生命、身體、隱私或營業秘密等權益時，第三人若認為國家所作成之公開決定違法侵害其權利時，第三人得對該公開決定提起撤銷訴訟，並同時向法院聲請停止執行，以求救濟。惟如此事後之救濟程序，於行政機關立即執行該公開決定之場合，亦是緩不濟急。是以，第三人之資訊關係人除以撤銷公開決定等事後救濟的方法，來防止自己的權利、利益受損害外，能否在行政機關未為公開決定前，請求法院為禁止該行政機關為公開決定之判決，而在事前得到更具實效性之救濟，應是資訊公開法制中，關於第三人救濟一個可以考慮的方向。

按憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」其中「訴訟基本權」的具體內涵為何，因有待於立法者具體化，故無法直接依該條規定即導出訴訟類型及判決種類等權利保護方式的固定體系，然而權利救濟途徑不僅就其入口管道必須開放存在，而且也必須是廣泛的、盡可能毫無漏洞的；此外，有關訴訟程序法規之制定，更應擔保適合於權利保護要求之訴訟類型、裁判種類以及裁判效力，俾對於人民所遭受之權利侵害，給予有效的救濟。是以，行政訴訟制度上應設計適當之訴訟類型，將預防性權利保護制度予以納入，方能避免人民因訴訟種類的欠缺而求助無門；並於權利發生侵害以前提供救濟，進而促進權利保護的有效性。

由於我國行政訴訟法就預防性權利保護制度並未明文化，故有流於學理討論之傾向。在成文法制度下，我國學者在討論預防性權利保護制度時，盡可能針對現有的訴訟類型，透過法律的解釋方法，將雖非現有訴訟類型之概念核心，允許

在概念外沿上得以涵括，以實踐「無漏洞且有效的權利保護」之憲法要求。惟如何較為細緻化該訴訟之內涵，國內學者與實務之見解的討論仍有其限度，就此日本「禁止訴訟」於西元 2004 年 6 月 9 日通過法律第 84 號後，訴訟類型之歸屬，由原先的「無名抗告訴訟」變成「法定抗告訴訟」，此乃第一個將預防性訴訟明文化的立法例<sup>125</sup>。本文以下，首先將介紹日本對於第三人可否就公開資訊之決定提起禁止訴訟之相關討論，以提出問題意識；其次，在討論禁止訴訟於修法前後之容許性的相關討論，以資做為我國法之借鏡。

## 第二節 日本法上預防性訴訟之發展

### 壹、第三人提起禁止訴訟之可能性

於日本之資訊公開法制下，第三人得否提起禁止訴訟，學說上見解並未一致。於 2004 年行政事件訴法修正前，學者齋藤誠即採取否定看法，而認為資訊公開法對於所欲公開之資訊涉及到第三人之隱私或營業秘密時，於公開決定做成前與後，設有通知與意見聽取程序，使其受有事前之程序保障；並且，於公開決定之作成與其實際的實施之間，設有一定的緩衝時間，使第三人有充分的時間得針對公開決定提起撤銷訴訟，是以，若依照實務對於預防性不作為訴訟所設之補充性要件，第三人似無提起該訴訟之餘地<sup>126</sup>。惟學者松井茂記則似有採取肯定說之傾向，其認為，雖然第三人所欲提起之預防性不作為訴訟，在依照實務對於該訴訟所設之補充性要件來看，幾乎沒有被承認之餘地。惟鑒於不正競爭防止法承認對於營業秘密之公開得提起禁止訴訟，即使相對人為行政機關亦承認禁止訴訟

<sup>125</sup> 對於日本預防性行政訴訟介紹甚詳之中文文獻，可參見：尤帝元，預防性行政訴訟之研究——以日本與我國行政訴訟中之預防性不作為訴訟為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，2007 年。

<sup>126</sup> 齋藤誠，開示決定の取消訴訟，法学教室，201 號，1997 年，頁 35。

之提起。因此，於資訊公開法制下第三人提起該禁止訴訟，應非完全不可能之事  
127。

於 2004 年行政事件訴法修正後，日本律師公會即認為，「法人與個人事業者之權利、競爭上地位或其他正當利益有被侵害之虞的資訊」，依據資訊公開法第 5 條原則上不得公開，因該資訊被公開而權利受到侵害的人，乃具有法律上利益者，而具有依行政事件訴訟法第 37 之 4 提起禁止訴訟之原告適格。再者，第三人之資訊若被公開，即無法回復未公開前之原狀，因而亦滿足「損害之重大性」的要件。惟問題存在於是否符合「補充性」之要件。於公開決定作成前，賦與第三人提出意見書之機會；於公開決定作成後，第三人可對之提起撤銷訴訟，伴隨著停止執行之制度，是否可以說就是相對於禁止訴訟之「其他適當的方法」？禁止訴訟乃是於原來之撤銷訴訟與停止執行制度外，所設立之制度，且「以有發生重大損害之虞為限」，始得提起（事前的禁止訴訟），是以，若認為第三人能夠提起撤銷訴訟即不具備補充性之要件，此乃違反該制度目的之解釋。行政訴訟檢討會亦認為「於個別法規定有特別之救濟手段的情形等...而有適當方法的時候，即不能於事前提起禁止訴訟」，因而能夠提起作為一般的救濟手段之撤銷訴訟，並不因而欠缺補充性之要件，乃顯然之理。規範國家公務員之職員團體的登錄撤銷處分停止效力之國家公務員法第 108 條之 3 第 8 項等，即為此處之所謂依據個別法的特別救濟手段之適例。雖然資訊公開法已規定保障撤銷訴訟提起之期間，但檢討會認為，其是否該當於個別法所規定之特別的救濟手段？以及停止公開決定之執行，兩週之期間是否足夠？皆不無疑義，是應不得以欠缺補充性為由而否定禁止訴訟之提起。但是，提出反對意見書之第三人，即使事先從事訴訟之準備，因通常皆會在弄清行政機關是否作出公開決定之後，始提起禁止訴訟，是以不待行政機關之判斷而直接提起禁止訴訟的情形，應非常態<sup>128</sup>。

<sup>127</sup> 松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003 年，頁 396。

<sup>128</sup> 日本辯護士連合會，實務解說 行政事件訴訟法—改正行訴法を使いこなす，青林書院，2005

由此可知，於日本之資訊公開法制下，對於第三人得否提起禁止訴訟之所以有爭議，其主因在於該國之資訊公開法規定，公開決定之作成與其實際的實施間，設有一定的緩衝時間，以確保第三人得以提起撤銷訴訟的方式來救濟其權利。本文以下將介紹日本對於禁止訴訟於 2004 年修法前後之相關討論，以求對該問題有所釐清。

## 貳、行政事件訴訟法修正前

### 一、預防性訴訟為無名抗告訴訟

日本在行政事件訴訟法修正前無論是學界亦或是實務見解，對於預防性訴訟大致是採取廣義的理解，係指人民因行政處分或其他公權力的行使，使得自己的某些權利或利益受有侵害之虞的情形下，以阻止此一公權力行使為目的之訴訟。進一步而言，可細分為：禁止公權力行使之給付訴訟、無公權力發動權限之確認訴訟、公權力不作為義務之確認訴訟、公權力忍受義務不存在之確認訴訟、作為公權力發動前提的義務不存在之確認訴訟等訴訟形式。這些訴訟均是以預防行政機關於未來發動行政處分及其他公權力行為之訴訟類型<sup>129</sup>。

---

年，頁 230-233。

<sup>129</sup> 雄川一郎，「行政行為の予防訴訟」，收錄於『杉村章三郎古稀紀念-公法學研究(上)』，田中二郎等編，有斐閣，1974年，頁 133。惟有學者，認為預防性訴訟不外乎為，關於禁止行政機關作出某種行政處分之禁止訴訟、確認行政機關沒有作出某種行政處分之義務的不作為義務確認訴訟，以及確認行政機關沒有作出某種行政處分之權限的權限不存在確認訴訟。惟權限不存在確認訴訟，與不作為義務確認訴訟重複，亦即應該包含於不作為義務確認訴訟。亦即，僅禁止訴訟與不作為義務確認訴訟，得合稱為預防性訴訟。此外，兩者為給付訴訟與確認訴訟之關係，在此點上，與課予義務訴訟及作為義務確認訴訟之關係相同。參見：南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁 134（大島崇志執筆）。

舊行政事件訴訟法第3條第1項即對於抗告訴訟有所定義：「於本法，所稱之『抗告訴訟』，謂不服行政機關之公權力之行使的訴訟。」於同條第2項乃至於第5項雖然對於撤銷處分之訴、撤銷裁決之訴、無效等確認之訴以及不作為之違法確認之訴（以上稱為「法定抗告訴訟」）做了明確的定義性規定，但是對於行政機關之公權力的行使有所不服之訴訟，於「法定抗告訴訟」之外，應尚有多種訴訟類型，此乃所謂的無名抗告訴訟。亦即，所謂的無名抗告訴訟，乃指抗告訴訟之中，撤銷處分之訴（第3條第2項）、撤銷裁決之訴（第3條第3項）、無效等確認之訴（第3條第4項）以及不作為之違法確認之訴（第3條第5項）以外之訴訟類型。惟有學者認為，以較精確的角度來說，不服行政機關之公權力之行使的訴訟當中，當事者訴訟（第4條）、民眾訴訟（第5條）與機關訴訟（第6條）亦應包含於其中，是以於不服行政機關之公權力之行使的訴訟中，除了法定抗告訴訟之外，與當事者訴訟、民眾訴訟與機關訴訟相異訴訟形態者，始為無名抗告訴訟<sup>130</sup>。本文認為學界對於無名抗告訴訟會有此等不同之理解，乃因為當事者訴訟與抗告訴訟的區分並不明確所導致。惟無論如何，將其理解為行政事件訴訟法尚未命名的抗告訴訟，或說是行政事件訴訟法中未明定的訴訟類型，應無疑義。由此得知，所謂的預防性訴訟在行政事件訴訟法修正前，該法未明定該訴訟類型，是以，於該時期其屬於「無名抗告訴訟」。

此外，值得注意的是，田中二郎教授認為，所謂的抗告訴訟，乃係以排除行政機關之明示或是默示的第一次判斷為媒介所生之違法狀態為目的之訴訟形態<sup>131</sup>。而雄川一郎教授亦認為，法院的審判權限，於其與行政權之關係上，乃係以行政作用之事後審查為原則，行政事件訴訟法對於抗告訴訟之定義即「不服公權力之行使的訴訟」（第3條第1項），即包含此等旨趣<sup>132</sup>。該等學說，將抗告訴訟

<sup>130</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁119（大島崇志執筆）。

<sup>131</sup> 田中二郎，司法權の限界，弘文堂，1976年，頁31-32。

<sup>132</sup> 雄川一郎，「行政行為の予防訴訟」，收錄於『杉村章三郎古稀紀念-公法學研究（上）』，田中二郎等編，有斐閣，1974年，頁157。

限縮於以「行政機關之第一次判斷」作為承認該訴訟之前提，而立於將無名抗告訴訟做極為狹隘解釋之立場。是以，於該時期係屬於無名抗告訴訟之預防性訴訟，若依照該見解，被承認為合法之無名抗告訴訟的範圍亦隨之縮小<sup>133</sup>。惟該等立於「行政機關第一次判斷權」之見解妥當與否，於學界後期乃有所爭議，本文以下將會再做較詳細地討論及分析。

## 二、無名抗告訴訟承認之可否

### （一）行政事件訴訟特例法時代的爭論

如前所述，無名抗告訴訟的概念，乃從行政事件訴訟法第3條的規定所發產生，所以嚴格地來說，關於無名抗告訴訟承認與否的議論，乃是行政事件訴訟法制定後始產生的問題。惟實際上並非如此，關於與無名抗告訴訟承認與否之議論相同實質內涵的爭議，於行政事件訴訟特例法時代亦存在。詳言之，該法第1條規定：「關於行政機關之違法處分的撤銷或變更訴訟，以及關於其他公法上之權利關係的訴訟，除了依據本法之外，另可依據民事訴訟法之相關規定。」此外，即使同法第2條亦規定為：「請求撤銷或變更行政機關之違法處分之訴」，由該二條規定可知，於行政事件訴訟特例法的規定上，以抗告訴訟來說，除了撤銷訴訟之外，尚存在所謂的變更訴訟（請求變更行政機關違法的行政處分之訴），惟撤銷訴訟與變更訴訟以外型態之抗告訴訟是否被承認，亦成為該時期值得討論的議題。本文以下將對於圍繞該爭論之學說與實務見解加以介紹。

### 1、學說

<sup>133</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁120（大島崇志執筆）。

如前所述，在行政事件訴訟特例法時代，課予義務訴訟、作為義務確認訴訟、禁止訴訟等撤銷訴訟、變更訴訟以外型態的抗告訴訟是否被承認，有所爭議。首先，在學說方面，以對於行政權之內在界線為理由之消極說，極為有力。學者田中二郎認為，法院具備有關行政事件的裁判權，並非意指否定權力分立原則，亦非意指法院對行政權具有一般監督權、或司法本身成為行使行政權的行政機關。法院作為司法機關，保障法之具體性適用，僅止於擁有此一限制性的、消極性的機能。例如，對於拒絕營業許可的不服訴訟中，如果訴訟有理由時，運用判決，僅止於得撤銷此一處分，法院本身取代行政機關而作成營業許可，或命令行政機關應該作成營業許可，二者均是不被許可的。是否作成具體的處分，由於是在考量擁有權限的行政機關，作成此一處分時的具體諸條件後而應決定的問題，從權力分立的意旨來說，必須說此乃專屬於行政權之判斷<sup>134</sup>。由此觀之，雖然在此時期的田中氏對於預防性訴訟沒有正面表示立場，但從其強調司法機關之消極機能來看，即使其承認預防性行政訴訟，其範圍亦不會太寬。此外，學者雄川一郎認為，預防性訴訟僅在法律有特別規定之下方予以承認。蓋作成行政處分，被認為是制度上行政機關所主管的，作或是不作此行政處分之權限，是分配給行政機關的，其實質意義在於，將是否作成某一行政處分之決定，首先交由行政來判斷，該行政上判斷若有違法的話，司法權僅止於否定其效力。若將行政機關是否作成某一行政處分之決定，經由法院強制或阻止一事，原則上是違反制度之本旨<sup>135</sup>。由此得知，雄川氏明顯乃立於「行政機關第一次判斷權」之見解，而否定預防性訴訟之存在。

可是，承認課予義務訴訟與禁止訴訟之見解，亦不乏其人。白石健三法官即認為，於「爭議成熟」的場合，行政機關之作為、不作為義務之確認訴訟，得以被承認。亦即於「爭議成熟」時，於此處對於行政機關之作為、不作為義務之確

<sup>134</sup> 田中二郎，「行政事件に関する司法裁判所の権限」，收錄於『行政争訟の法理』，有斐閣，1964年，頁143-144。惟須注意該篇文章乃於1949年即以發表。

<sup>135</sup> 雄川一郎，行政争訟法，有斐閣，1957年，頁99以下。

認的判決，因為被包含於具有司法之法的判斷作用，所以沒有違反權力分立之原則。至於，何時始為「爭議成熟」時，雖然在通常情形，經由行政機關之第一次判斷，爭議始得謂為成熟，惟在例外的情況下，若認為由行政機關判斷該爭議並無意義且不合理，則應認為即使在事前亦應認為爭議已成熟。例如，目的地非農地，即便由一般人一視即知，農業委員會濫用權限，有採取徵收行動之虞時，關於此點，經由委員會第一次判斷，認定是無意義且不合理，所以在這樣的情形，可以允許在事前階段，請求確認委員會對該土地無徵收權限的訴訟及不應發動徵收處分之不作為義務確認訴訟<sup>136</sup>。此外，學者渡邊宗太郎甚至認為，憲法具有承認法院應持有向來行政法院之權能（行政法院能夠命行政機關為處分以及代替行政機關為處分）的旨趣，不僅是課予義務訴訟與禁止訴訟應容許其存在，即便有訴訟代替處分之情形亦應被承認<sup>137</sup>。由此可知，上述兩位學者對於預防性訴訟似乎採取較為友善的態度，在以該見解為前提之下，預防性訴訟仍有被承認之餘地。惟對於此採取較為開放之見解，雄川氏卻對之大加批判，其認為，因為作或者不作該行政行為乃在制度上被行政權所賦予之權能，法院的任務應該僅能停留在事後審查其當否，所以作為、不作為義務之確認訴訟亦應不被承認<sup>138</sup>。該反對之見解在當時頗為有力。

## 2、判例

在行政訴訟事件特例法的判例下，關於是否能提起預防性訴訟，除了若干判例採取較為開放之立場外，全部採取否定的見解。其採取如此看法的理由在於，若允許提起預防性訴訟的話，法院不免會過深地介入行政權，甚至將有取代行政機關行使行政權之虞，進而破壞權力分立的原則<sup>139</sup>。

<sup>136</sup> 白石健三，公法上の義務確認訴訟について，公法研究 11 號，1954 年，頁 49-55。

<sup>137</sup> 渡邊宗太郎，全訂日本国行政法要論上卷，有斐閣，1955 年，頁 444。

<sup>138</sup> 雄川一郎，行政爭訟法，有斐閣，1957 年，頁 102-104。

<sup>139</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 123-124（大島崇志執筆）。



此外，少數承認預防性訴訟之判決，例如，確認對於死刑囚之新聞等閱覽請求具有許可義務之事件<sup>140</sup>，在該事件中原告主張不作為給付以及不作為義務確認之兩個請求，關於前者，法院以權力分立為理由而認為不合法；同時，關於後者，法院則認為，所謂公法上確認訴訟，即使未做成行政處分之前，權利保護的資格於訟爭成熟時應該還是存在的，所以法院於該時應有賦予司法救濟的職責。本判決，明顯採取白石健三法官之見解，而有承認行政上不作為義務之確認的訴訟的趨勢<sup>141</sup>。縱使有少數如本判決般之下級審判決遵從白石氏的見解，惟從整個實務界來說，預防性訴訟獲承認的機率可說是非常低。

## （二）行政事件訴訟法制定之際的經緯

如前所述，撤銷訴訟與變更訴訟以外型態之抗告訴訟是否被承認，乃成為行政訴訟事件特例法時期值得討論的議題。除此之外，該法的運用上當然還有很多疑義，為了制定盡可能地解決該疑義之一般法，日本因而制定了「行政事件訴訟法」。當然，行政事件訴訟法制定後，無名抗告訴訟是否受該法承認，乃為本文關注之焦點。行政事件訴訟法相較於行政訴訟事件特例法，廢止了變更訴訟，並新設了無效確認之訴與不作為的違法確認之訴，且亦設置了所謂抗告訴訟乃是「不服行政機關公權力行使之訴訟」的定義性規定。惟僅僅是如此，行政事件訴訟法到底究竟在如何的範圍內承認無名抗告訴訟，依據現行之條文，仍非明確。

依據行政事件訴訟法之立法負責人所述，「所謂的無名抗告訴訟，除了於各種行政法規有特別規定的場合，從來，一般來說，該訴訟是否獲承認，於學說判例上有諸多疑義，若承認無名抗告訴訟，要如何規定無名抗告訴訟適用或準用現

<sup>140</sup> 大阪地判，昭和 33 年 8 月 20 日，行集，9 卷 8 號，頁 1662。

<sup>141</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 124（大島崇志執筆）。

行法之範圍，乃是極為困難之事。本法僅僅表示，將在抗告訴訟中，應被採取之類型以及包括的準用關係。至於無名抗告訴訟應否被承認，則應委諸學說或判例之發展。」由此可知，立法負責人認為，應否承認無名抗告訴訟，則應委諸學說或判例之發展<sup>142</sup>。另一方面，學者大多認為，行政事件訴訟法因為明文列舉了法定抗告訴訟之類型，所以行政事件訴訟法以法定抗告訴訟為原則，無名抗告訴訟僅於依據法定抗告訴訟並無法得到救濟實效的場合，得例外地依據抗告訴訟之性質與該法之結構來決定其承認之範圍。準此，行政事件訴訟法雖然無法直接地作為是否承認無名抗告訴訟之依據，但到底可否承認無名抗告訴訟，似乎出現了一道曙光。

至於，論及於此時期仍屬於無名抗告訴訟之預防性訴訟，其乃法院強制行政機關而課予其一定之義務，在此點上，與課予義務訴訟共通；惟其強制的內容乃所謂的不作為而具有消極性，亦即僅是由國民來請求法院命行政機關維持現狀，由此角度觀之，預防性訴訟可以說比起課予義務訴訟較容易獲得承認。因此，即使是否定課予義務訴訟之田中教授，亦認為預防性訴訟有被承認之餘地，現在否定預防訴訟之見解可以說是已經不存在。以下，將介紹較具代表性的學說與判例，來說明無名抗告訴訟之預防性訴訟在此時期的發展。

## 1、學說

如前所述，學者於行政事件訴訟法時期大都承認預防性訴訟，惟在何種要件下始得承認預防性訴訟，則有不同見解。在眾多學者之見解中，大致得區分為四類，分別為：例外說、補充說、緩和的補充說與獨立說，本文以下將分別介紹之

---

<sup>142</sup> 學者大島崇志認為立法起草人之此段說明有如「白紙」般，並無任何意義存在。參見：南博方編，*條解行政事件訴訟法*，弘文堂，1987年，頁124（大島崇志執筆）。

## (1) 例外說

田中二郎教授即是採取例外說的代表。其認為，依據行政事件訴訟法第 3 條第 1 項對於抗告訴訟之定義，抗告訴訟乃是以不服行政機關之公權力的行使為其特徵。該法對於法定抗告訴訟明定了四種訴訟型態，該四種訴訟型態並非僅僅是因為一般人皆會預想到有該訴訟形態之存在，始予明文規定，而是以抗告訴訟之特徵為主要的考量。例如，行政事件訴訟法既然已經承認了不作為之違法確認之訴，那為何不進一步承認所謂的課予義務訴訟？在通常之情況下一般人亦得預想到有該訴訟類型存在之可能，可見立法者並不是以此為考量來決定法定抗告訴訟之類型。立法者應該是考慮到課予義務訴訟可能侵犯到行政機關之第一次判斷權限，並不符合該法第 3 條第 1 項對於抗告訴訟之定義。因為有此顧慮，所以，意圖否定課予義務訴訟之型態，而僅消極地承認了不作為違法確認之訴。由此得知，法定抗告訴訟之類型乃是立法者考量行政機關之第一次判斷權限所做之決定<sup>144</sup>。

此外，所謂的無名抗告訴訟，既然亦須考量抗告訴訟之特徵。亦即，該等訴訟亦須以行政機關之第一次判斷權存在為前提，而為不服行政機關之公權力行使的訴訟。關於此點應該是無庸置疑。因此，若要承認無名抗告訴訟，即必須在行政機關已行使其第一次判斷權之情形；即使行政機關尚未行使其第一次判斷權，也是在類似於其已行使的場合，並且考量立法者承認法定抗告訴訟之四個訴訟型態之旨趣，始得承認無名抗告訴訟。至於，何時始得謂「類似於行政機關已行使

<sup>143</sup> 該區分之模式，本文乃參照：千葉勇夫，「無名抗告訴訟」，收錄於『行政救濟法一』，村山敏正編，有斐閣，1990 年，頁 289-293。

<sup>144</sup> 田中二郎，司法權の限界，弘文堂，1976 年，頁 28-29。

第一次判斷權之情形」？詳言之，在行政機關之第一次判斷尚未具體地表示之前，倘若行政機關之處分未來作出的話，將明顯違反法律的授權，並且行政機關做出該明顯違反法律處分已經是迫在眉睫，此時即為「類似於行政機關已行使其第一次判斷權之情形」；尚且，如果沒有事前抑制，對於處分相對人之人民，不可避免地會造成難以回復之損害，而該人民無法等待事後救濟手段來維護其權益。此時，作為事前的抑制手段，即請求禁止作成特定行政處分或事實行為、請求確認行政機關之處分權不存在之訴，將可獲承認為適法之訴訟。因此，課予義務訴訟雖然不受承認，而禁止訴訟等預防性訴訟則仍有承認之餘地<sup>145</sup>。

由此得知，田中二郎教授立於尊重行政機關之第一次的判斷權的立場，僅於例外情形始承認預防性訴訟。亦即，要符合以下三個特別要件始得承認預防性訴訟：1、行政機關於未來作出的行政處分，明顯違反法律的授權。2、行政機關作出該明顯違反法律的處分，已經是迫在眉睫。3、如果沒有事前抑制，對於處分相對人之人民，不可避免地會造成難以回復之損害，而該人民無法等待事後救濟手段來維護其權益。從其所提出之例外要件來說，雖然承認在具體的情況下預防性訴訟有存在之可能性，惟因該特別要件非常地嚴苛，預防性訴訟被承認的範圍並不算大。

## (2) 補充說

採取補充說的學者皆認為，法定抗告訴訟乃是以行政行為之事後審查為本質，若無法依據法定抗告訴訟獲得適切的救濟，亦即在法定抗告訴訟中並不存在較適切的訴訟類型的話，應承認居於補充地位之預防性訴訟。本文以下將簡單介紹採取補充說之諸學者的見解。

---

<sup>145</sup> 田中二郎，司法權の限界，弘文堂，1976年，頁32。

首先是雄川一郎教授之見解。如前所述，於行政事件訴訟特例法時代雄川氏認為，預防性訴訟僅在法律有特別規定之下方予以承認。亦即，其採取非常消極的態度，在該見解下預防性訴訟並無法存在。惟其後似乎有變更見解的跡象，而認為應將預防性訴訟，界定為對於撤銷訴訟具有補充性或者是第二次關係的訴訟型態。也就是，當行政處分作成後，人民無法請求以撤銷該處分的方式來充分保全其權利，以該場合為限，始得承認預防性訴訟。於此情形，雄川氏並舉出以下得承認禁止訴訟的情形：雖然應該請求撤銷之行政處分尚未作成，但是因該即將被作成行政處分，原告之不利益將會現實地具體化；以及，即使行政處分尚未被作成，惟可以期待該定有具體內容之行政處分具有高度之蓋然性即將作成。因此，在上述情形，行政處分應否被作成之客觀狀態已呈現出來，所以即使法院對之加以審查亦無實質地破壞事後審查原則<sup>146</sup>。

其次，塩野宏教授認為，即使肯認預防性訴訟之抽象容許性，其具體容許性亦不能一概而論。詳言之，一般來說，如果該行政行為是現狀變更之事實行為的場合，撤銷訴訟將無法發揮其原有的機能；並且，關於即時乃至於短期終結之公權力的事實行為，此時亦沒有適用撤銷訴訟之餘地；再者，在事實狀態持續的情形，運用撤銷訴訟雖然有可能，惟在像人民受收容的場合，從人權保障之見解，則希望防止其侵害於未然；此外，如果事實行為作為基礎行政行為之具體化而被執行的時候，如果當該執行行為與基礎行為甚為接近而可被預測的話，也就是對於基礎行政行為提起撤銷訴訟之實效性，無法被期待時。在上述之該等場合，預防的不作為訴訟應被承認。總而言之，即使是法律行為，但其法律效果如果是很短暫就終結的話，撤銷訴訟之機能並無法發揮；或者是以事實行為為對象，僅依據撤銷訴訟來救濟並不能夠充足保障其權利之場合，以請求不作成行政處分為內

<sup>146</sup> 雄川一郎，「行政行為の予防訴訟」，收錄於『杉村章三郎古稀紀念-公法學研究(上)』，田中二郎等編，有斐閣，1974年，頁157-161。

涵之預防性訴訟，應有承認之餘地<sup>147</sup>。

再者，原田尚彥教授認為，預期因為行政權違法的發動而蒙受不可補償之損害之危險的情形，不論是禁止訴訟或者是權限不存在確認訴訟等預防訴訟，其必要性即大大地提高。詳言之，基礎行政行為與其執行行為甚為接近的情形（例如，退去命令與退去強制之執行）、因行政行為自體本生將會造成不可回復之損害的情形（例如，預想對於為了一定目的之輸出承認或者海外渡航給予不予許可的場合，因為不能忍受不許可處分，所以有提起預防訴訟之必要），或者是，不屬於基礎行政行為之即時強制，其實施將會導致重大損害的情形（例如，預想強制入院的場合）。在上述之情形，基於人權保障之要求，則非常有必要承認作為無名抗告訴訟之預防性訴訟<sup>148</sup>。

以上所列之各說，在說明其各自的見解時，雖然使用了不同的表現形式，但是從其各自所舉出的事例來看，強調若無法依據法定抗告訴訟獲得適切的救濟，居於補充地位之預防性訴訟應予承認，乃該各說之核心思想。

### （3）緩和的補充說

學者阿部泰隆認為，補充說太過於執著行政機關之第一次審判權，來限縮預防性訴訟的範圍，似乎不是很妥當；相反地，獨立說在某程度上，以紛爭是否成熟，來放寬預防性訴訟的範圍，採取過於開放的態度，亦不是很恰當。因而其認為，預防性訴訟之適法性要件應限於以下二者，始能合理定位預防性訴訟於現行法下的體系：要件一為紛爭已經成熟，亦即該紛爭已適合由司法機關來判斷；要

<sup>147</sup> 塩野宏，「無名抗告訴訟の問題点」，收錄於『新實務民事訴訟講座（9）』，鈴木忠一、三ヶ月章監修，日本評論社，1984年，頁138-139。

<sup>148</sup> 原田尚彥，訴えの利益，弘文堂，1965年，頁76-77。

件二為如果不承認事前救濟的話，對於人民權利保護一事，將成為不可能。若同時符合上述之二要件，預防性訴訟即應予承認。附帶一提的是，不應以不具「急迫性」與「一義明白性」<sup>149</sup>為由，來作為否定事前救濟之必要性的理由。並且，雖然行政機關之第一次判斷權為是否承認預防性行政訴訟的考量因素，惟不宜過分重視，以免預防性訴訟的範圍遭不當地限縮<sup>150</sup>。

由此可知，阿部氏試圖調和補充說與獨立說，嘗試為預防性訴訟的承認範圍，提出一個各方都比較可以接受的見解，使得預防性訴訟受承認之機會更加提高。

#### (4) 獨立說

採取此說的學者之始祖乃前述之白石建三法官，其認為如果透過行政機關的第一次判斷來使爭議成熟，並沒有任何意義的話，此時即沒有不承認預防性訴訟的理由。所謂預防性訴訟，只要以「爭議的成熟」作為其訴訟要件就足夠了，毋須區分是事前訴訟或事後訴訟而有不同處理之必要<sup>151</sup>。

此外，繼白石氏之後，兼子仁教授亦採此說，其認為預防性訴訟之要件有二：其一為，對於國民既存的法益，值得用糾正違法行政處分之訴訟型態來保障；其二為，某特定之不利益處分被作出之蓋然性很高，且法院在事前對於該處分之適法性的審查是有可能之情形，在此場合「爭議早就已成熟」。是以，符合上述二要件，因該處分之作成而權利必然受到侵害的人民，得主張行政機關並無作出該處分之權限，而向法院提起預防性訴訟<sup>152</sup>。

<sup>149</sup> 所謂的「一義明白性」，乃指非常清楚而沒有疑義。


<sup>150</sup> 阿部泰隆，行政訴訟改革論，有斐閣，1993年，頁20-23。

<sup>151</sup> 白石健三，公法上の義務確認訴訟について，公法研究11號，1954年，頁54-55。

<sup>152</sup> 兼子仁，行政法學，岩波書店，2000年，頁196-197。

綜合上述二位論者之看法，可以得知獨立說是以爭議是否成熟，作為得否向行政機關提起預防性訴訟之要件。至於該即將作成之處分，是否會對人民造成難以回復之損害而有緊急之必要性；或者是否須以其他法定抗告訴訟無法適切地被運用為要件，似乎是在所不問。此外，兼子氏另外特別強調在「對於國民既存的法益，值得用糾正違法行政處分之訴訟型態來保障」的場合，始得提起預防性行政訴訟。為此乃是否具有「原告適格」的問題，通用於全部之主觀訴訟，預防性訴訟既然是做為保障人民權利之主觀訴訟，當然須考量原告是否為適格之當事人，惟在此似乎沒有特別強調之必要。

## 2、判例



依據最高法院數十年的裁判，多認為課予義務訴訟與禁止訴訟之各個要件相同，其要件如下：(1) 行政機關應該作該處分或者是不應該作該處分，受到法律之羈束，因為行政機關本身完全沒有自由裁量之餘地，所以保留第一次的判斷權給行政機關，被認為是未必是那麼重要。(2) 如果不承認事前審查，將會造成難以回復之重大損害，因而事前救濟之必要性極為顯著。(3) 並且又沒有其他較適切的救濟方法<sup>153</sup>。在符合以上各個要件的情形為限，該種訴訟即會獲允許的判決占了大多數。在上述要件當中，要件一稱為「一義的明白性」、要件二稱為「緊急性」、要件三稱為「補充性」<sup>154</sup>。

長野勤務評定事件，乃根據教育委員會事務局長通知，命令在勤務評定書表示自我觀察結果的教職員，請求自我觀察表示義務之不存在確認的個案。最高法

<sup>153</sup> 其雖未指明所謂「其他較適切的救濟方法」為何？惟從其重視「行政機關之第一次判斷權」立場來看，應與例外說同，乃指撤銷訴訟與停止執行之一般、事後之救濟方法。

<sup>154</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁132（大島崇志執筆）。



院認為，「對於在上訴人等之過去或將來的前揭義務之不履行，為了防止進行懲戒或其他不利益處分，預先確定基於此一前提的上訴人等之義務不存在」，將同樣請求的旨趣，惟實質上的考察後，判決表示「參照因該義務之履行而受侵害的權利性質與其侵害程度，對違反所為的制裁之不利益處分的確實性與其內容或性質，由於受前開處分而在相關訴訟中，事後爭執義務之存否，將有遭受難以回復之重大損害之虞等，當以不承認事後救濟則有顯然不當的特別情事時，則另當別論，否則應解釋為不承認有事先請求上開義務存在之法律上利益。」並且，在該判決中，不承認所謂特別情事而否定其訴訟利益。換言之，該判決在關於以不利益處分之防止為目的，認為以「將有遭受難以回復之重大損害之虞等，當以不承認事前救濟則顯有不當的特別情事時」為限，而採用訴訟利益之判斷基準<sup>155</sup>。

上述二說，表面上採取完全不同的判斷標準，實則訴之利益的問題乃是提起該訴訟適當與否的問題，將預防性訴訟之訴之利益內涵具體化後，不外乎是緊急性與補充性之要件<sup>156</sup>。所以，後說之見解與通說之見解之差異所在僅剩下要件一，即「一義的明白性」是否為預防性訴訟之訴訟要件。欲解決該問題，乃涉及到通說將該要件定性為訴訟要件之妥當與否。

### 三、小結

檢討行政事件訴訟法時代之最高法院的多數見解。首先，在第一個要件方面，關於行政機關應該作該處分或者是不應該作該處分須受到法律之羈束，行政機關本身完全沒有自由裁量之餘地。法院在判斷是否如此的時候，該行政行為是否應被作成之第一次判斷就形成了，所以，本文認為一義的明白性不是訴訟要件，而是本案要件。其次，在第二與三要件方面，必須從行政事件訴訟法的構造

<sup>155</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁137（大島崇志執筆）。

<sup>156</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年，頁137（大島崇志執筆）。

來討論預防性訴訟之妥當與否。行政事件訴訟法之規定，皆為關於法定抗告訴訟，特別是撤銷訴訟之規定，至於無名抗告訴訟，於該法之第3條與第38條皆沒有規定，也就是說對於無名抗告訴訟的相關規定並不存在。從這樣的行政事件訴訟法之構造來看，無名抗告訴訟與法定抗告訴訟乃是處於相同的地位，因此，於個案上該兩者處於競合之情況，而得同時提起的情形是不存在的。也就是，所謂預防性行政訴訟，乃對於公權力之行使有所不服而無法利用法定抗告訴訟來救濟，惟又有運用訴訟程序來救濟人民權利之必要時所得提起之訴訟。因此，於判例之所謂緊急性與補充性的要件，應理解為預防性訴訟之必要性要件，亦即訴之利益的要件。

由此討論可知，行政事件訴訟法時代之最高法院的多數見解乃近似於學界之例外說的見解，皆將一義的明白性誤認為訴訟要件，並且提出了緊急性與補充性之必要性要件。所不同的是，例外說另外提出了所謂「行政機關做出該明顯違反法律之處分，已經是迫在眉睫」的要件。惟該要件亦得將之歸納為必要性之要件，即訴之利益的要件。最高法院的多數見解，未將其納入要件中似有疏漏。總之，該時期之多數實務見解近似於學界之例外說，雖然承認人民之得提起預防性訴訟之餘地，惟基於行政機關之第一次判斷權，其承認之範圍，顯然不是很大。

準此，當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益時，第三人之資訊關係人除得以撤銷公開決定等事後救濟方法，來防止自己的權利、利益受損害外，能否在該當行政機關未為公開決定前，提起預防性不作為之訴，請求法院禁止行政機關作成公開決定？因該國之資訊公開法制規定，公開決定之作成與其實際的實施間，設有一定的緩衝時間，以確保第三人得以提起撤銷訴訟的方式來救濟其權利，有事後救濟之方法來救濟其權利，基於「補充性」之要件，第三人於此時期似無法提起預防性訴訟，請求法院禁止行政機關作成公開決定。

## 參、行政事件訴訟法修正後

### 一、禁止訴訟之法定化

#### (一) 立法趣旨

於 2004 年行政事件訴訟法之修正之一大重點，即是將預防性訴訟中的禁止訴訟明文化。其於該法第 3 條第 7 項對於禁止訴訟有所定義：「本法所稱禁止訴訟，謂行政機關雖不應作成一定處分或裁決而仍將作成時，請求命行政機關不得作成該處分或裁決之旨的訴訟。」同時亦於該法新增第 37 條之 4 而對於禁止訴訟之要件加以明文：「(1) 禁止訴訟，因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞時為限，始得提起之。但為了避免該損害而有其他之方法時，不在此限。(2) 法院於判斷是否發生前項規定的重大損害時，除應考量損害回復之困難程度，並應斟酌損害的性質與程度以及處分或裁決之內容與性質。(3) 禁止訴訟，請求命行政機關不得為一定處分或裁決之旨，以具有法律上利益者為限，始得提起之。(4) 關於前項規定的法律上利益有無之判斷，準用第 9 條第 2 項之規定。(5) 禁止訴訟在該當於第 1 項與第 3 項規定之要件時，關於該禁止訴訟系爭之處分或裁決，依該處分或裁決所根據的法令規定，行政機關明顯地不應作成該處分或裁決，或行政機關作成該處分或裁決逾越裁量權的範圍或構成濫用時，法院應作成命行政機關不得作成該處分或裁決之旨的判決。」<sup>157</sup>

至於，將禁止訴訟法定化之旨趣，一般來說有下列兩點：首先，學界與實務

<sup>157</sup> 關於禁止訴訟之性質，雖然有學者認為是形成訴訟，但是多數學者認為應解為給付訴訟較為妥當。參見：宇克賀也，行政法概說Ⅱ行政救濟法，有斐閣，2006 年，頁 311。

之一般見解，對於預防性訴訟之要件見解或許不盡相同，但皆承認預防性訴訟於現行法制之地位乃無庸置疑。究其原因，乃是即使在現行法下已有撤銷訴訟及停止執行等救濟之機制，惟僅僅如此，人民之權利上不能獲得充分之救濟，從比較有實效性地來保障國民的權利之觀點，勢必須活用禁止訴訟始能竟其功。例如，基於行政的規制或監督權限所為之制裁處分一旦被公布，對於人民之名譽與信用恐生重大之損害時，即使事後對於該制裁處分提起撤銷訴訟，甚至更進一步依據行政事件訴訟法第 25 條規定請求停止該處分之執行，亦無法得到充分之救濟。在像這樣的情形，如果命行政機關不能作出一定之行政處分，亦即能於事前向法院提起禁止訴訟的話，國民的權利或利益或許就能夠得到實效性的救濟<sup>158</sup>。

即使在民事訴訟，以物權與人格權之侵害為依據，也能夠提起禁止訴訟。例如，以自己的土地所有權被侵害為理由，對於在相鄰地之預定建築物的工程，提起禁止訴訟；或者是，對於會對居民之身體健康產生重大影響之廢棄物處理設施的設置或運作，亦能夠提起禁止訴訟。在像這樣的民事訴訟，請求預先不作為之對象，乃是建物的建築與設施的設置，而該等行為皆非行政機關之公權力行使，是以，該訴訟應為請求預先不作為非公權力行使的訴訟。相對於此，行政事件訴訟法第 3 條第 7 項的禁止訴訟，乃是請求行政機關預先不得做出「一定之處分或裁決」的訴訟，也就是，不服行政機關之公權力行使的抗告訴訟。如果對於建築工程之實施與設施的設置或運作請求不作為，以預防其因此所產生之重大損害，惟卻無法達到預期的效果時，可提起作為抗告訴訟之禁止訴訟，亦即於建築物建造前，預先對行政機關請求其不得作出建築確認處分，以及在設施的設置或運作前，預先對於行政機關請求其不得作出設施的建築許可處分。這樣的事例，原本在建築確認與設施的設置許可等處分被作成之後，可以對於該處分提起撤銷訴訟，甚至可進一步對該處分聲請停止執行。可是，依據像這樣的撤銷訴訟等事後救濟之方法，有時對於人民權利之救濟來說可能緩不濟急，基於權利救濟之實效

<sup>158</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 183-184。

性的考量，行政訴訟法乃將作為事前救濟方法之禁止訴訟明文化，而成為新的法定抗告訴訟之類型<sup>159</sup>。此乃禁止訴訟法定化之最重要的理由。

其次，於行政事件訴訟法修正之前，抗告訴訟，特別是請求撤銷行政機關之處分的撤銷訴訟，乃成為行政救濟之眾多方法的核心。依學界與實務之一般見解，對於抗告訴訟之種類，並不以法定抗告訴訟為限，尚應包括無名抗告訴訟。惟在無名抗告訴訟中，以請求行政機關不行使其公權力的預防性行政訴訟，應該在如何之要件下，始得被承認，別說學說與實務之見解並未一致，即使是在學術界內或眾多相關裁判中，其各自的見解亦未必相同。因為要件之不明確，致使預防性訴訟被以不合法而駁回之裁判例，亦不在少數。所以，將禁止訴訟明文化將有助於法律關係之明確，便於人民得預測其所提起禁止訴訟合法與否<sup>160</sup>。至於，禁止訴訟之細部要件，本文分述如下。



## (二) 訴訟要件

### 1、一定之處分或裁決

行政事件訴訟法第3條第7項對於禁止訴訟之定義為：「行政機關雖不應作成一定處分或裁決而仍將作成時，請求命行政機關不得作成該處分或裁決之旨的訴訟。」由此可知，禁止訴訟乃是請求法院命行政機關不得作成一定的處分或裁決之旨的訴訟。因而成為該訴訟之對象者，乃是「一定之處分或裁決」。若原告請求法院命行政機關不應作成之對象，並非「一定之處分或裁決」，該訴將因不符合禁止訴訟之定義而被視為不適法。所以，原告須特定行政機關所不能作成之

<sup>159</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁184-185。

<sup>160</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁631（山崎栄一郎執筆）。

「一定之處分或裁決」的要求，可以說是訴訟要件之一。

如前所述，禁止訴訟之對象者，乃是「一定之處分或裁決」。若細究其文義，事實上可分成兩個部分。首先，成為禁止訴訟之對象的行為，須為行政機關之「處分或裁決」，亦即以行政機關之公權力行為中具有處分性者為限。若其請求預先不作為之對象並非該行政機關基於公權力行使所作成之行為，如前所述，該訴將不符合抗告訴訟之定義，此時原告應循著提起民事訴訟的救濟管道始為正確。此外，若其請求預先不作為之對象雖是該行政機關基於公權力行使所作成之行為，惟該行為並非處分或裁決而不具處分性時，該訴亦因而不符合禁止訴訟之定義，此時原告只有另尋是否有提起當事者訴訟之可能<sup>161</sup>。

其次，與課予義務訴訟採取相同之立法方式，禁止訴訟之對象限於「一定」之處分或裁決，所謂的「一定」當含有表示某種程度範圍的意思。所以，於原告提起禁止訴訟時，須特定其請求，該訴始為適法。且其要求特定之對象，僅限於「處分或裁決」，似乎與民事訴訟有所不同。在一般的民事訴訟，承認人民得提起請求法院命鄰人不得發出超過一定程度噪音的禁止訴訟。於該訴訟，原告所特定的僅有不得發出超過一定程度噪音之結果，而對於鄰人得以防止該結果不發生之行為則未特定。但是在行政訴訟，因為行政事件訴訟法第3條第7項，對於禁止訴訟之定義乃是請求法院命行政機關不得作成一定的處分或裁決之旨的訴訟。亦即，其所要原告所特定的是造成結果之原因行為，即該處分或裁決。是以，如此在民事訴訟僅特定結果而未特定其原因行為之禁止訴訟，於行政訴訟程序並不適法。到此為止並無任何疑義產生。值得討論的是，鑑於所謂的「一定」，乃不確定之法律概念，是以原告到底要主張到如何之程度，始得謂特定其請求，則成為待解決之問題。

<sup>161</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁633（山崎榮一郎執筆）。

學者小林久起認為，關於具體的特定程度，應該要依據「成為問題之處分或裁決的根據法令趣旨」與「社會通念」來判斷，但不要超過了特定請求之必要限度，而對於所謂的「一定」的範圍作過於嚴格之解釋。例如，在命糾正之處分將作成之場合，關於系爭處分應該採取之具體方法，於其根據法令規定有複數選項時，無論是哪一個方法，像這樣的命糾正之處分在法律上完全沒有理由，而請求法院命行政機關預先不作成處分的場合，對於請求預先不作為的處分，對照其所根據之法令後，關於「一定之處分」，已達到可能被法院判斷之程度時，即應解為原告已特定其請求，該訴應認為是適法<sup>162</sup>。

惟學者山崎榮一郎對於前說之見解，則認為處分乃是依據行政實體法來決定其要件與內容，所以關於是否特定其請求時，須考量「處分或裁決的根據法令趣旨」乃屬當然，惟「社會通念」於此時究竟是發揮如何之機能而扮演著如何角色，則未必明確。因而認為，關於請求之特定須從法院對於本案判斷的可能性與行政機關作為被告是否能妥善防禦的立場來看，處分所根據之法令須明確，對於請求特定乃不可或缺。例如，國家公務員請求法院命國家不得對其做出一定之處分的場合，假若原告已具體地提出該處分所根據之法令乃國家公務員法第 82 條，此時應解為已該當於「一定」的處分或裁決之要件，而認為其請求已被特定<sup>163</sup>。

本文認為於之所以請求是否特定會成為問題，乃緣於所謂「一定的處分或裁決」中之「一定」屬於不確定法律概念。而小林氏又提出了「社會通念」之另一個不確定的法律概念，來做為參考因素，顯然在原先的問題未解決時，又另外提出一個問題。並且，其又未對如何具體運用「社會通念」於判斷請求是否特定，有所說明，所以確實會有社會通念於此時究竟是發揮如何之機能而扮演著如何角色之疑慮。準此，對於請求之特定，似乎僅須「明確地指明處分所根據之法令」，

<sup>162</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 186。

<sup>163</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 637-638（山崎榮一郎執筆）。

即為已足。

## 2、行政機關作成一定之處分或裁決的蓋然性

行政事件訴訟法第3條第7項將禁止訴訟定義為「行政機關雖不應作成一定處分或裁決而仍將作成時，請求命行政機關不得作成該處分或裁決之旨的訴訟。」由該定義可知，「仍將作成一定處分或裁決」之蓋然性要件乃為禁止訴訟之合法要件。此一要件，與損害之重大性與補充性不同，並非從所造成之損害有運用到事前救濟之手段的角度來看，而是從爭訟成熟性或具體爭訟性的關聯下所規定之要件。惟無論如何，其與損害之重大性與補充性，皆是從救濟必要性出發，則並無疑義<sup>164</sup>。

關於蓋然性的程度，倘若在外觀上滿足處分的要件便足夠了，實不應要求高度的蓋然性。與此相關聯的是，行政實體法上若規定，行政機關作出處分前須踐行告知聽聞程序、公聽會及審議會的諮詢等之行政程序，若沒有踐行像這樣的行政程序，究竟是否滿足蓋然性之要件？如前所述，蓋然性的程度實不應要求過高，是以應採取肯定見解為宜，而將程序未踐行的問題放置到本案要件的問題來檢討<sup>165</sup>。

## 3、損害之重大性與補充性

行政事件訴訟法第37條之4第1項規定：「禁止訴訟，因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞時為限，始得提起之。但為了避免該損害而有其他之方

<sup>164</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁187。

<sup>165</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁634（山崎栄一郎執筆）。



法時，不在此限。」像這樣會有發生重大損害之虞（損害的重大性之要件），與並無避免該損害而有其他之方法（補充性之要件），乃是於禁止訴訟中關於救濟必要性的訴訟要件。此等要件，乃立法者基於「人民權利救濟之實效性」，以及「妥適地分配司法與行政角色分擔」之觀點，所作之限制。

## （1）損害的重大性

關於禁止訴訟之救濟必要性的要件，其中之一，乃因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞（第 37 條之 4 第 1 項本文）。此處，禁止訴訟乃與撤銷訴訟不同，因為其乃處分或裁決被作成之前，請求法院命行政機關不得作成處分或裁決之旨的事前救濟的訴訟，所以規定了關於具有請求事前救濟之救濟必要性的訴訟。

也就是，對於行政機關的違法處分，提起撤銷訴訟，同時向法院聲請停止執行並獲得停止執行之裁定，也是有這個可能。可是，依據行政的規制、監督權限所為之制裁處分，一旦公布該處分，對於名譽與信用將有產生重大損害之虞。是以，在該處分公布後，人民之重大損害已生成，此時再聲請停止執行之實益可能已不復存在的場合，依據事前的禁止訴訟，請求行政機關預先不得作出一定之處分的必要性，即可被承認。詳言之，在行政機關作出處分或裁決之前，要求法院事先判斷該處分或裁決之違法性，並禁止行政機關作出之，因為規定了這個要件的限制，不但顧慮了國民權利救濟之實效性的觀點，並且也妥適分配司法與行政任務分擔。

在怎樣的場合，始該當於「因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞」之要件，法院須從救濟之必要性的觀點，依據個案來審酌或判斷。可是，在判斷

該不該當於此要件所需考量之損害，乃是法院在有運用判決命行政機關預先不作為之事前救濟方法的必要性為限。是以，因該一定處分或裁決所發生之損害，若得非常輕易地以對於該處分或裁決提起撤銷訴訟與聲請停止執行之方式，即可獲充分之救濟的話，則該損害即不該當於判斷禁止訴訟之救濟的必要性所需考量的重大損害<sup>166</sup>；反之，若該損害即使有透過撤銷訴訟與聲請停止執行之方式，而獲得救濟之可能性，但對人民而言不夠充分的話，則該損害仍該當於重大損害之要件。惟於禁止訴訟尚未被法定化之前，若人民可能經由事後的「撤銷訴訟與停止執行」之救濟途徑，獲得救濟時，即無法該當於「難以回復之損害」，而不承認事前救濟之必要性。而此次行政事件訴訟法之修正，乃從撤銷訴訟中心主義脫離，而以謀求人民權利救濟之實效性救濟著眼，儘管在不能否定根據撤銷訴訟之救濟可能性的情況下，法院如果從原告權利救濟的觀點來看，倘若法院事前審查為適當的話，就應允許人民提起禁止訴訟<sup>167</sup>。

## (2) 補充性

關於依據禁止訴訟之救濟必要性的要件，其中之二，乃為了避免該損害而無其他之方法（第 37 條第 1 項但書）。亦即，即使在因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞的場合，但對於避免該損害，若有其他適當之方法時，依據禁止訴訟之事前救濟之必要性即不存在，而例外地否定人民得提起禁止訴訟。

可是，在關於依據禁止訴訟之救濟必要性的要件，「因作成一定處分或裁決而有發生重大損害之虞」中所謂的「重大的損害」，乃是因一定處分或裁決之作成而生之損害，所以，此時以救濟方法來說，請求法院命行政機關預先不作成該處分，一般來說，乃被認為最直接性與實效性的救濟方法。因此，禁止訴訟與課

<sup>166</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 189。

<sup>167</sup> 園部逸夫編，改正行政訴訟法の理論與實務，ぎょうせい，2006 年，頁 202（高安秀明執筆）。

予義務訴訟不同，於但書規定「為了避免該損害而有其他適當之方法時」，例外地不承認其具有救濟之必要性<sup>168</sup>。

在怎樣的場合，始該當於「為了避免該損害而有其他適當之方法」之要件，法院須從救濟之必要性的觀點，依據個案來審酌或判斷。例如，成為禁止訴訟之對象即該系爭處分若已作成，若人民對該處分提起撤銷訴訟時，在相關之個別之法令上即規定行政機關不得執行該處分的場合<sup>169</sup>，人民無庸提起禁止訴訟，即可獲得充分之救濟，因此，於該案例中之個別具體的救濟措施，即該當於「為了避免該損害而有其他適當之方法」，而不得提起禁止訴訟<sup>170</sup>。換言之，所謂「其他適當之方法」，似僅指在個別之法律中，規定個別權利救濟制度的情形；而非指撤銷訴訟及其所伴隨之停止執行制度。是在人民可利用撤銷訴訟及停止執行制度之情況下，即不應認為其必不該當於「補充性」之要件。

#### 4、關於原告適格之要件

禁止訴訟，請求命行政機關不得為一定處分或裁決之旨，以具有法律上利益者為限，始得提起之。並且，關於法律上利益有無之判斷，準用第9條第2項之規定。行政事件訴訟法第37條之4第3、4項定有明文。

禁止訴訟，雖然在事前救濟與事後救濟之該點上，與撤銷訴訟有所不同，但是在請求排除因該處分或裁決之效力所生之不利益之該點上，則與撤銷訴訟具有共通性，因此，能夠請求行政機關預先不作成該處分的人之範圍，應該是與如果

<sup>168</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁191。

<sup>169</sup> 具體的法規，如國稅徵收法第90條第3項、國家公務員法第108條之3第8項、地方公務員法第53條第8項、關於賦予職員團體法人格之法律第8條第3項。參見：小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁191。

<sup>170</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁191。

該處分被作成，能夠提起撤銷訴訟的人範圍相同<sup>171</sup>。

再者，以處分為對象之禁止訴訟繫屬中的時候，該處分已作成；或者以公權力之事實行為為對象的禁止訴訟繫屬中，該事實行為已經終結。此時，雖然禁止訴訟之訴之利益即為消滅，但是，法院應該容許原告將該禁止訴訟變更為以該處分或事實行為為對象之撤銷訴訟。

### （三）本案實體要件

人民提起禁止訴訟，為了獲得命行政機關不得做出一定之處分或裁決之旨的判決，除須符合第 34 條之 4 第 1 項之救濟必要性與第 3 項之原告適格的規定，其所提起之訴訟始為合法外，尚須符合本案之實體要件，始得獲得有理由之判決。關於禁止訴訟之本案實體要件，依據行政事件訴訟法第 34 條第 5 項規定有二。亦即，其一為「關於該禁止訴訟系爭之處分或裁決，依該處分或裁決所根據的法令規定，行政機關明顯地不應作成該處分或裁決」；其二為「行政機關作成該處分或裁決逾越裁量權的範圍或構成濫用」。

在禁止訴訟本案實體要件中，「關於該禁止訴訟系爭之處分或裁決，依該處分或裁決所根據的法令規定，行政機關明顯地不應作成該處分或裁決」的時候，請求預先不作為的處分或裁決，行政機關並沒有裁量之餘地，當該當於該法令所規定之事實時，處分或裁決不應該被作成乃是理所當然之事。在此情形，請求行政機關預先不作為的處分或裁決，關於其要件之認定、程序的選擇、行為的選擇（處分應否被作成、應作成如何之處分），接受到該處分或裁決所依據法令之羈束<sup>172</sup>。

<sup>171</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 637（山崎榮一郎執筆）。

<sup>172</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 192。

相對於此，關於被預先請求不作為之處分或裁決，依據其所根據之法令，承認行政機關具有行政裁量權的場合，在系爭個案之具體事實關係下，假如該處分或裁決作出的話，必須行政機關超出其裁量權的範圍或是濫用之，原告始能獲得有理由之判決。在禁止訴訟本案實體要件中，所謂的「行政機關作成該處分或裁決逾越裁量權的範圍或構成濫用」，就是指這樣的情形。至於，在怎樣的場合始該當於「行政機關作成該處分或裁決逾越裁量權的範圍或構成濫用」，則與規定於第 30 條之關於撤銷裁量處分之事由「逾越裁量權的範圍或構成濫用」採取相同之思考方式<sup>173</sup>。

尚且，在怎樣的時間點，上述要件所描述之狀態必須存在？因該要件乃為禁止訴訟之本案實體要件，所以，上述要件所描述之狀態最遲在事實審言詞辯論終結前必須存在，原告始能獲得有理由之判決<sup>174</sup>。



## 二、暫時性禁止之法定化

### (一) 立法趣旨

關於本案判決前的暫時權利保護，行政事件訴訟法第 44 條規定：「關於行政機關之處分或其他公權力行使的行為，不適用民事保全法所規定之假處分。」依該條規定之意旨，關於行政機關之公權力行使行為，排除了假處分的適用，是以，非關行政機關之公權力行使行為，乃適用民事保全法之假處分。至於，對於行政機關之公權力行使行為之暫時權利保護，則在第 25 條乃至於第 29 條規定了停止

<sup>173</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 192-193。

<sup>174</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 637（山崎栄一郎執筆）。

執行之制度以資適用。可是，以不服行政機關之公權力行使為內容之抗告訴訟(第3條)當中，適用乃至於準用停止執行制度之場合者，以本案訴訟來說，僅以撤銷處分之訴(第25條第2項)、撤銷裁決之訴(第29條)、確認處分或裁決無效之訴(第38條第3項)為限。在其他型態的抗告訴訟，不能適用乃至於準用停止執行制度，因此，於本案判決前之暫時權利保護在制度上並非十分健全<sup>175</sup>。

如前所述，在此次的行政事件訴訟法改革中，基於人民權利之實效性的考量，創設了禁止訴訟之訴訟類型，使人民得向法院請求命行政機關事先不要作成一定之處分或裁決。如此一來，似較人民僅能於行政機關作出一定之處分或裁決後，來提起事後之救濟更能充分地保障其權利。惟對於人民所提起之禁止訴訟，法院尚須進行一定程序，以利認定事實適用法律，勢必花費相當之勞力時間費用，是以若在訴訟程序進行中，行政機關不預期地作出一定之處分或裁決，此時人民將喪失所提起之禁止訴訟之利益，而僅能轉而求諸於事後之程序程序。果若如此，立法者承認禁止訴訟之美意，將大打折扣。是以，為了因應禁止訴訟之創設，並貫徹其保障人民權利救濟之實效性意旨，作為本案判決前之暫時權利保護之制度似乎即有存在之必要。

例如，等到本案之禁止訴訟判決確定之前，基於行政管制之停止營業等監督處分若被作成，且隨即公開該處分之後，受處分人之名譽和信用將會遭受侵害，因而對於其生活與事業活動可能會產生無法補償之損害。在這樣的情形，如果從處分不被作成，損害就不會發生的立場來看，即便人民事後提起撤銷訴訟，並聲請停止執行的，亦無法事前地預防因該處分將來被作成而生之損害<sup>176</sup>。又例如，在政府資訊公開法制中，公開關於第三人資訊之決定若已作成，即使本案之禁止訴訟判決尚未確定，惟第三人可能於事後獲得停止執行裁定之間隙都沒有，是一

<sup>175</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁282-283。

<sup>176</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁283。

且該執行公開決定，將對第三人之隱私或事業活動將造成無法補償之損害<sup>177</sup>。

因此，在上述情形，從圖謀健全國民權利之實效性救濟的觀點，且為了貫徹承認禁止訴訟為法定抗告訴訟之立法意旨，於 2004 年行政事件訴訟法之改革時，一併設立了本案判決前之暫時權利保護制度。新法第 37 條之 5 規定：「(1) 在課予義務訴訟之提起時，為避免因不作成該課予義務訴訟之系爭處分或裁決而發生無法補償的損害，而有緊急之必要，並且，關於本案顯有理由時，法院得依聲請，作成裁定，暫時命行政機關作成處分或裁決之旨。(2) 在禁止訴訟之提起時，為避免因作成該禁止訴訟之系爭處分或裁決而發生無法補償之損害，而有緊急之必要，並且，關於本案顯有理由時，法院得依聲請，作成裁定，暫時地命行政機關不得作成處分或裁決之旨。(3) 暫時性課予義務與暫時性禁止，對於公共利益有重大影響之虞時，不得為之。(4) 第 25 條第 5 項至第 8 項、第 26 條至 28 條及 33 條第 1 項之規定，關於暫時性課予義務與暫時性禁止之事項，準用之。(5) 因前項準用關於第 25 條第 7 項即時抗告之裁判，或前項準用第 26 條第 1 項之裁定，致暫時性課予義務之裁定經撤銷時，該行政機關應撤銷依該暫時性課予義務之裁定作成之處分或裁決。」依該條文第 3、4、5 項之意旨，所謂的禁止訴訟，乃係於新法規定之一定要件下，法院得依原告之聲請作成裁定，命行政機關暫時不得作成處分或裁決的制度<sup>178</sup>。

關於暫時性禁止所承認要件，與停止執行程序相同，可區分成實體要件與程序要件，在此先說明實體要件與程序要件各何所指，至於各該要件之內涵，將於以下章節再做說明<sup>179</sup>。

<sup>177</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，平成 18 年，頁 644（永谷典雄執筆）。

<sup>178</sup> 至於，依該條之第 1、3、4、5 項，於人民提起課予義務訴訟提起的場合，新法規定了於一定的要件下，法院得依聲請作成裁定暫時地命行政機關作成處分或裁決之旨的制度。

<sup>179</sup> 關於暫時性禁止之要件：

(1) 程序的要件

## (二) 暫時性禁止之程序要件

### 1、適法之禁止訴訟被提起

為了使人民對於法院所聲請之暫時性禁止成為適法，依據第 37 條之 5 第 2 項之規定，其前提要件之一，乃是必須該聲請人已經提起禁止訴訟，並且其所提起的禁止訴訟已具備所有之訴訟要件而為合法之繫屬。在此點上，停止執行制度，亦以撤銷訴訟已合法繫屬為其合法要件，是以，暫時性禁止與停止執行制度乃採取相同之立法方式；惟聲請民事保全法上之假處分則不以提起本案訴訟為前提，與暫時性禁止之設計並不相同。此外，人民對於法院所聲請之暫時性禁止的對象，即一定之行政機關的處分或裁決，須與本案訴訟之對象具有同一性，自不待言。附帶一提的是，暫時性禁止在實務上之運作，與停止執行制度相同，也就是，人民於提起屬於本案之禁止訴訟後，通常即會同時聲請暫時性禁止<sup>180</sup>。

### 2、當事人適格

關於暫時性禁止乃屬於附隨於本案之禁止訴訟的保全程序，因而關於暫時性禁止之當事人適格的判斷標準，學說多認為同於禁止訴訟之當事人適格的判斷標準。詳言之，具有暫時性禁止之聲請人適格者，乃具有本案訴訟之原告適格的原

---

A、適法的禁止訴訟被提起

B、當事者適格

(2) 實體要件

A、為了避免無法補償之損害而有緊急之必要

B、關於本案顯有理由

C、對於公共利益有重大之虞

<sup>180</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 645（永谷典雄執筆）。



告；具有暫時性禁止之相對人適格者，乃具有本案訴訟之被告適格的被告<sup>181</sup>。若沒有資格提起本案訴訟之人所為的暫時性禁止聲請，或者對於沒有資格成為本案訴訟之被告之人所為的暫時性禁止聲請，將因不符合當事人適格之要件而不適法，從而被法院駁回。

此外，在停止執行制度當中，因為停止執行裁定之內容，不只是停止處分之效力，「處分之執行或程序之續行」亦成為停止執行之對象（第 25 條第 2 項），所以本案訴訟之被告以外的人亦具有相對人適格，乃是有可能的。可是，這在聲請暫時性禁止的場合，以本案訴訟之被告以外的人為相對人，乃不可想像之事。蓋暫時性禁止之裁定的內容，乃暫時地命行政機關不得作成處分或裁決之旨。是以，有權限作成該一定處分或裁決之行政機關，乃是唯一之相對人，自屬當然。

### （三）暫時性禁止之實體要件

#### 1、為避免無法補償之損害而有緊急之必要

##### （1）意義

關於暫時性禁止之實體要件，討論較為熱烈者，當屬第 37 條之 5 第 2 項前段之為避免因作成該禁止訴訟之系爭處分或裁決而發生無法補償之損害，而有緊急之必要。該條文用語為「無法補償之損害」，與停止執行制度之「重大損害」用語有所不同，是以該如何解釋該要件，即成為值得著墨的問題。

所謂的「為避免無法補償之損害而有緊急之必要」，乃是在行政事件訴訟特

<sup>181</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 645（永谷典雄執筆）。

例法時代之停止執行的要件（該法第 10 條第 2 項）。最高法院大法庭於昭和 27 年 10 月 15 日之判決即認為<sup>182</sup>，因農地委員會所作之買收計劃而喪失所有權之聲請人主張，在對於該買收計畫提起撤銷訴訟，其亦可同時對於同土地之不法占有者提起之民事訴訟，惟其所提起之民事訴訟將有敗訴之虞，致使該土地將被農地化，因而捨民事訴訟之途徑而聲請停止執行。在該案例上，法院指出，所謂的「無法補償之損害」，不僅僅指「原狀回復不能之損害」，「金錢賠償不能之損害」的情形亦包括在內。惟本件並不該當於該要件。此外，除了行政事件訴訟特例法是使用「無法補償之損害」的用語外，規定強制執行之停止要件的民事訴訟法第 389 條第 1 項，亦係使用「無法補償之損害」之用語，有學者認為，此處之「無法補償之損害」，並不僅僅限於賠償困難，亦即，不能賠償或是接近於不能賠償之場合亦應包括在內<sup>183</sup>；另有學者對於該用語亦提出其看法，認為不能以金錢賠償之損害固然包含在內，對於債權人的財產狀態產生無法賠償之巨大損害亦應涵蓋之<sup>184</sup>。準此，民事訴訟法之強制執行的停止要件所使用之「無法補償之損害」的用語，學者們對該條之詮釋，似有較為放寬之趨勢，而認為包含「接近於不能賠償」之情形；相較之下，行政事件訴訟特例法時代之停止執行要件雖亦使用相同之用語，惟其範圍似乎較為狹隘。

於 1962 年行政事件訴法被制定之際，基於緩和停止執行要件之趣旨，將行政事件訴訟特例法第 10 條第 2 項之「無法補償之損害」修改為「回復困難之損害」。實務與通說一致認為，所謂的「回復困難之損害」，乃指該損害若造成，在社會通念上認為是不容易回復之程度而言。由此觀之，相較於行政事件訴訟特例法之「無法補償之損害」，所謂的「回復困難之損害」的內涵顯然放寬了不少，對於聲請人之權利保障較為有利。惟於 2004 年行政事件訴法之改革時，暫時性禁止之實體要件的用語，並非採用「回復困難之損害」，而是採用「無法補償之

<sup>182</sup> 最大決，昭和 27 年 10 月 15 日，民集，6 卷 9 號，頁 827。

<sup>183</sup> 齋藤秀夫等編著，注解民事訴訟法（11），第一法規，1996 年，頁 201-208（齋藤秀夫執筆）。

<sup>184</sup> 齋藤秀夫等編著，注解民事訴訟法（11），第一法規，1996 年，頁 367（新堂幸司執筆）。

損害」的用語。立法者會採用該用語，一般認為乃是顧慮到行政權與司法權之權能分擔，因而刻意地限縮暫時性禁止之適用範圍<sup>185</sup>。

如此一來，對於「無法補償之損害」的要件，若考量立法者之意旨，將不得不採取較為限縮解釋的態度，學者大多認為，『若僅用金錢賠償其損害，在社會通念上將「明顯地」遭到不合理的評價』之程度，始足當之<sup>186</sup>。

此外，在判斷暫時性禁止之實體要件是否該當時，若「無法補償之損害」之要件該當，通常亦認為具有「緊急之必要」，亦即，兩者一體之判斷無寧為常態。是以，依據聲請人之個別情事，在沒有發生「無法直接地賠償之損害」的場合，一般來說，通常亦不具有「緊急之必要」的情況。

## (2) 考慮要素

關於在判斷該當於「無法補償之損害」與否時，新法並未如停止執行般，設有須考慮哪些相關因素之明文。惟學說上認為，於具體個案之判斷上，法院須考量依據本案訴訟救濟之可能性的有無與程度、所涉及的財產抑或非財產之損害的性質與程度，並且成為聲請對象之處分的內容與性質也在考量範圍之內<sup>187</sup>。此外，須特別強調的是，關於聲請人以外之人所受之損害，則不在考量範圍之內。

## 2、關於本案顯有理由

關於暫時性禁止，依第 37 條之 5 第 1 項的規定，僅能在本案顯有理由時，

<sup>185</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 646（永谷典雄執筆）。

<sup>186</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 646（永谷典雄執筆）。

<sup>187</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 647（永谷典雄執筆）。

法院始得做出有理由之決定。準此，暫時性禁止與停止執行並不相同，「關於本案顯有理由」乃是屬於積極要件。為了使該要件實現，聲請人對於「關於本案顯有理由」負有主張與舉證之責。惟聲請人負有如何程度的主張與舉證之責？詳言之，上訴第三審或提起再審之訴的停止執行（民事訴訟法第 398 條第 1 項第 1 款），與提起對於執行文之異議之訴或請求異議之訴的停止執行（民事執行法第 36 條第 1 項），亦是以「……主張之事情在法律上顯有理由，且關於事實上之點須釋明」作為要件。民事法之學者認為，於此處之「顯有理由」，並不要求原告確實地獲得勝訴為必要，僅要求原告釋明有勝訴之希望，即某種程度之蓋然性即為已足。準此，在判斷「關於本案顯有理由」之要件時，上述之見解乃值得參考，而使聲請人僅負釋明有一定勝訴之希望即為已足<sup>188</sup>。

於停止執行的情形，因「本案顯無理由」乃為其消極要件，所以當人民聲請停止執行時，以之為理由而被駁回者，並不多見。惟於暫時性禁止的場合，關於「本案顯有理由」既然屬於積極要件，聲請人對於支持本案之訴訟標的有理由之事實主張即必須要充分之釋明，並且對於支持本案之訴訟標法律上之依據也要有所主張。此外，在判斷「本案顯有理由」之要件時，不應該順應處分之性質來改變其釋明的程度。關於處分之內容與性質，乃是前要件之「無法補償之損害」的要件所應斟酌之因素。

### 3、對於公共利益有重大影響之虞

當該一定之處分或裁決被法院命禁止作出，將對公共利益有重大影響之虞時，法院即不得准許其對於暫時性禁止之聲請。在該點上，與停止執行的場合相同。此外，對於公共利益有重大影響之虞的基礎事實，須由作為相對人之行政機

<sup>188</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 292。惟本文認為，暫時權利保護屬略式程序，法官之心證僅達到釋明程度即為已足，似為當然之理。

關負釋明責任。

於具體事例的判斷上，雖然法院應該要按照個別的事情來判斷，但是仍應盡量少用該要件來限制人民之權利。於停止執行的場合，關於「對於公共利益有重大影響之虞」的解釋或運用之事例，例如，關於撤銷公共設施之利用許可的處分，一旦對於該撤銷處分作成停止執行的裁定，而容許其利用該設施，其與反對其繼續利用該設施的其他利用者之間，將會產生極大的混亂，將會對於該設施之相關人產生不測之損害，而該當於「對於公共利益有重大影響之虞」要件。惟在通常之情況下，適用該要件的機會並不多。因此，即使在暫時性禁止的場合，也須與停止執行制度相同，謹慎地解釋運用該要件<sup>189</sup>。

#### (四) 法院之決定

在以上要件符合的時候，法院「得」依聲請，作成裁定，命行政機關暫時不得作成處分或裁決之旨（第37條之5第1項）。若依條文之文義解釋，在上述要件全部該當時，法院似仍有裁量權而不認許人民之聲請。可是，若從目的解釋來看，暫時性禁止對於「國民之權利的實效性救濟」乃是不可或缺的救濟手段，是以，在以上要件全部滿足的時候，即應解為法院有義務必須作成暫時性禁止之裁定<sup>190</sup>。

### 三、小結

行政訴訟檢討會於2001年6月12日對內閣所提出的司法改革審議會意見書

<sup>189</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁293。

<sup>190</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007年，頁423。

中，指出修法前之行政訴訟制度的問題點，乃「對於行政機關之信賴，與以認識司法權之界限性為基礎的行政機關之優位地位（對於政策判斷之司法不介入、行政機關第一次判斷權之尊重、撤銷訴訟中心主義等）被承認，總結來說，抗告訴訟並無法充分地發揮制度上原有的機能。」<sup>191</sup>行文間似乎有否定行政機關第一次判斷權之法理，而有意對於第3條第7項與第37條之5的要件從寬解釋。本文認為行政機關第一次判斷權之法理乃基於權力分立的考量，而有其正當性的基礎，僅有在非有使用事前的救濟手段不可時（即具必要性時），始得例外承認禁止訴訟。惟於承認例外之範圍時，尚須考量人民權利救濟之實效性，始不致僅考量權力分立，而限縮了人民提起訴訟之範圍。

形式上從立法者所設之第3條第7項與第37條之5的要件看來，幾乎與修法前之例外說的要件完全相同，相異之處僅在，例外說誤將本屬於一義的明白性要件解為訴訟要件外，其餘關於救濟之必要性的要件則完全一致，是新法似未有任何進展。惟實則，新法基於權利救濟之實效性，於要件內涵之解釋上，皆已大幅放寬，對於人民提起禁止訴訟之門，相較於修法前，實質上已放寬了不少。此外，鑑於新法已承認禁止訴訟，為貫徹其立法意旨，附隨承認暫時性禁止，對於人民權利救濟之實效性的觀點，著實又邁進了一大步。

準此，當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益時，第三人之資訊關係人除得以撤銷公開決定等事後救濟方法，來防止自己的權利、利益受損害外，能否在該當行政機關未為公開決定前，提起預防性不作為之訴，請求法院禁止行政機關做成公開決定？新法基於權利救濟之實效性，於要件內涵之解釋上，皆已大幅放寬，即使於資訊公開法制下，第三人有利利用撤銷訴訟與停止執行制度而獲得救濟之可能性，亦不應排除其有利利用禁止訴訟之必要性之前提下，而提起禁止訴訟。再者，第三人於符合一定

<sup>191</sup> 資料來源，參自：小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年，頁490。

之要件下，亦得利用暫時性禁止制度，於資訊公開法制上之第三人權利，即得被充分地保障。立法者均衡維護申請人之資訊公開請求權與第三人之權益的意旨，將更容易地被實現。

### 第三節 我國法上解釋

#### 壹、預防性不作為訴訟之容許性

##### 一、實務

現行實務對於是否承認預防性不作為訴訟見解不一，即便承認預防性不作為訴訟，其立論亦未見一致。本文以下僅選取針對預防性不作為訴訟立論較為明確之裁判，來加以介紹。



##### (一) 法有明文，始得例外允許：

臺北高等行政法院 89 年度訴字第 3224 號裁定認為：『... 1、按營業人營業登記事項有變更，係依營業稅法第 30 條第 1 項之規定有向主管稽徵機關申請變更營業登記之義務。而該等義務乃是依法律規定而直接發生的公法上義務，而不是因為稅捐稽徵機關做出通知其變更之行政處分始產生，因此被告機關以上之通知，性質上僅屬「事實通知」，而不發生任何的公法上法律效果，當然不符合上述「行政處分」之定義。2、其次被告機關對原告作出通知之目的，無非是為踐行營業稅法第四十六條第一項之通知程序，以符合將來連續處罰之前置要件。論其性質，乃屬為作成（處罰）行政處分之事前準備行為。除非實證法上有特別規

定，預先給予救濟之機會（原則上，權利必須實際受到公權力之侵犯，才須給予救濟之機會。以人民權利將來有受公權力侵犯之危險，而預先給予預防性救濟之制度，在目前法制上，勿寧是一種例外情況），不然在法理上，無從獨立據為提起行政爭訟之對象。3、如果原告確信其目前實際營業項目均在登記範圍內，並無變更登記之必要，其可對被告機關之通知不予理會，等到稅捐主管機關對其作出違章行政罰時，再就此項爭點，於該行政爭訟程序中一併主張，並無預先給予救濟之必要性。...』由此可知，似乎認為在現行法制下，並無預防性不作為訴訟之明文，僅在另有特別規定，始得例外承認之。

## （二）以準用民事訴訟法作為說明依據

臺北高等行政法院 91 年訴字第 3336 號裁定認為：『...按行政訴訟法第 8 條之訴訟通說限於現在給付之訴，至於為將來之給付而提起將來給付之訴，則依行政訴訟法第 115 條規定準用民事訴訟法第 246 條，民事訴訟法第 246 條規定「請求將來給付之訴，以有預為請求之必要者為限，得提起之。」須被告有到期不履行之虞，或被告有作成某行政處分或行政處分以外之其他行政行為之可能，且一旦作成極有侵害原告權益之虞，顯係已有權利保護之必要性始得提起。...』由此可知，其認為在現行之法制下，依行政訴訟法第 115 條規定準用民事訴訟法第 246 條，得作為預防性不作為訴訟之依據。是以，在符合民事訴訟法第 246 條之嚴格訴之利益的要件下，原告得提起該訴。

## （三）以現行之行政訴訟法第 8 條作為解釋依據

臺北高等行政法院 95 年度訴字第 03125 號裁定：「又原告請求被告應立即停止重複徵收車主原告汽車燃料使用費部分，按原告之訴，起訴不合程式或不備



其他要件者，行政法院應以裁定駁回之，行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款定有明文。又行政訴訟法第 8 條第 1 項固規定人民對於因公法上原因發生之財產上之給付，得提起給付訴訟，請求行政機關給付。惟原告請求被告不得再向原告徵收 95 年以後之汽車燃料使用費，係預先判命行政機關不得作成某種行政處分，即所謂預防性不作為之訴，與行政訴訟法第 8 條第 1 項之規定，尚有未合，是其起訴自屬不備其他要件，並非合法，應予駁回。」由此可知，其認為行政訴訟法第 8 條並無法涵蓋預防性不作為訴訟，因而原告之訴不合法。行文間似乎並不承認預防性不作為訴訟存在之餘地。

惟本案上訴至最高行政法院，似乎又出現了轉機。最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號裁定認為：『...本件抗告人於原審起訴主張：相對人臺北市監理處不得再重複向其徵收汽車燃料使用費云云，核其性質，係提起預防性不作為訴訟。惟此項訴訟，是否為我國行政訴訟法所容認，我國學界見解不一，但從憲法保障人民之訴訟性，行政訴訟法第 2 條容認公法上爭議除法律別有規定外，均容許得提起行政訴訟，以及外國實務與學界通說，均採肯定等觀點，應採肯定見解，認為對行政機關請求法院判命不得為一定行為具有法律上利益以得依行政訴訟法第 8 條規定，提起預防性不作為訴訟。惟提起此種訴訟，須以「因行政機關之作為有對其發生重大損害之虞」時，始認具有權利保護必要，但對損害之發生，「得期待以其他適當方法避免」者，不在此限。』由此可知，最高行政法院不認同臺北高等行政法院的看法，而認為基於保障人民權利之目的解釋及比較法之立場，行政訴訟法第 8 條應得涵蓋預防性不作為訴訟，惟對於該訴之權利保護必要性須加以嚴格地認定。

## 二、學說

在討論預防性不作為訴訟的容許性時，學說見解部分，大體是以人民所欲預防或禁止之對象來分別討論其容許性。亦即，依其所欲預防、禁止之對象究竟是事實行為亦或行政處分，學說上對於其容許與否有未盡相同之看法。以下就針對事實行為以及針對行政處分之預防性不作為訴訟分別論述之：

### （一）針對事實行為之預防性不作為訴訟的容許性

針對事實行為之預防性不作為訴訟的容許性，學說上一般皆採取肯定見解，認為該訴訟屬於「消極的給付訴訟」，在嚴格解釋其權利保護必要之要件下，不妨類推民事法上之法理（譬如民法第 767 條後段：「有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」），而依行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟之規定，作為該訴訟類型之依據<sup>192</sup>。



### （二）針對行政處分之預防性不作為訴訟的容許性

針對行政處分之預防性不作為訴訟之容許性，學說上之見解則未盡相同。學者吳庚即是採取否定說之代表，其基於文義解釋，而認為一般給付訴訟在德國法上係根據行政法院法許多相關條文而來，並無與我國行政訴訟法第 8 條相當之條文，第 8 條第 1 項既然限於財產上給付或非行政處分之其他給付，故不得援德國之例，預先判命行政機關不得作成某種行政處分，縱使限於例外情形亦非法之所許<sup>193</sup>。學者林石孟亦採取否定說，其基於體系解釋，認為在以行政處分為禁止對象之情形，原得於行政機關作成行政處分後，提起訴願、撤銷訴訟以為救濟；亦得於訴訟前依行政訴訟法第 116 條聲請法院停止該處分之執行，似無必要在此承

<sup>192</sup> 吳庚，行政爭訟法論，1999 年，頁 127-128。

<sup>193</sup> 吳庚，行政爭訟法論，1999 年，頁 127-128。

認提起預防性不作為訴訟之必要性，是從行政救濟已有配合之機制來看，宜採取否定之看法<sup>194</sup>。

相對於上述否定看法，另有不同之看法而採取肯定說，學者陳清秀基於體系解釋，認為行政訴訟法第 8 條第 1 項關於「請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付」的訴訟所欲排除者，乃是「請求作成行政處分」之課予義務訴訟，由於課予義務訴訟，以於本法第 5 條另有特別規定，故一般給付訴訟乃排除此一訴訟類型，而第 8 條第 1 項關於非財產上給付訴訟，不僅並未限於「非行政處分之其他高權行為」，亦應包括阻止行政機關作成行政處分之非財產上給付訴訟在內<sup>195</sup>。學者陳敏基於文義解釋，亦認為雖然行政訴訟法第 8 條第 1 項既然限於「財產上給付或非行政處分之其他給付」，惟行政機關不作成特定行政處分之消極行為本身，並非行政處分，故在例外情形承認預防性不作為訴訟，以提供人民法律上之救濟，不僅有其意義，亦非法之不許<sup>196</sup>。



### 三、本文見解

在討論預防性不作為訴訟的容許性時，主要有兩個問題點<sup>197</sup>：其一為當事人適格，其二為訴之利益。該兩點中尤以第一點為重要。首應就究明的是，現行之行政訴訟法以主觀訴訟為原則。是以，行政訴訟法制之目標原則上在保護人民之主觀公權利（為公益而訴訟，則屬例外），因此須要個人之權利遭受公權力違法地侵害，在行政訴訟上始得給予對應之救濟。是提起預防性不作為訴訟之第一個要件，乃人民於實體法上具有公法上權利，蓋人民於實體法上具有公法上權利，

<sup>194</sup> 林石猛，行政訴訟類型之理論與實務，2004 年，學林，頁 394。

<sup>195</sup> 陳清秀，行政訴訟法，2002 年，頁 141。

<sup>196</sup> 陳敏，行政法總論，2004 年，頁 1387。

<sup>197</sup> 本文以下對該問題點之論述，主要乃參自：最高行政法院 97 年度裁字第 5164 號裁定與最高行政法院 97 年度裁字第 4845 號裁定所提出之精闢的見解。

相對應於訴訟法上之訴訟要件，其始具有提起預防性不作為訴訟之當事人適格。至於何謂「公法上權利」？按私法學者皆認為，所謂的權利，乃享受特定利益的法律之力。詳言之，權利必然是同時包含下列二個面向來，其一為，個人所得享受之「特定利益」，且不限於經濟利害，也包括情感、宗教、社會關係等利害；其二則是，保護特定利益之「法律之力」，亦即，此等特定利益須由法律出面以保證其實現<sup>198</sup>。上述私法學者對於權利之描述，亦得適用於公法上權利。如此一來，公法上權利得定義為，得依公法向相對人請求為一定之作為、不作為或容忍而享受其利益的權利。惟如何界定行政處分相對人以外之第三人得以請求行政機關為一定之作為、不作為或容忍而享受其利益的權利？國內學說皆認為，基於權力分立之考量，而以「保護規範理論」作為界定第三人有無權利之標準。前述日本行政事件訴訟法第 37 條之 4 第 3 項即規定禁止訴訟，請求命行政機關不得為一定處分或裁決之旨，以具有法律上利益者為限，始得提起之。並且，關於法律上利益有無之判斷，同法第 37 條之 4 第 4 項規定準用第 9 條第 2 項之規定，而採取「法律上被保護利益說」，亦與國內學說同其見解。至於，「法律上被保護利益說」與「保護規範理論」之相關論述，請參考撤銷訴訟章節之說明，於此不再贅述。

其次，乃訴之利益的問題。而所謂的訴之利益，不外乎是目的與手段兩個層次。亦即，人民權利被違法侵害時，不但於目的上提起訴訟得以保護其權利，且於手段上提起訴訟而藉由法院之判決來保護其權利，亦是較有效率之方法。若將該訴之利益的概念轉化於公法上，本文認為應解為：於實體法上人民之權利被公權力「侵犯」，若無其他相較於提起訴訟可更有效率保護其權利時，其即有使用訴訟制度以除去其權利被侵害之必要性，而具有提起訴訟的訴之利益。至於，何謂權利之「侵犯」？此涉及到價值判斷之問題，且亦與人民所欲使用之訴訟類型

<sup>198</sup> 施啟揚，民法總則，2001 年，頁 26。


具有密切之關係。亦即，於不同之訴訟類型，其權利是否被「侵犯」之內涵應有寬嚴不同之解釋。

事實上各種行政措施或多或少，都會對人民的公法上權利造成影響，而使人民之權利無法完全實現，但影響程度卻有大有小，有時行政措施對權利的影響，只是「輕風拂面」，對於人民權利之影響極其輕微；但也有可能是「狂風暴雨」，而使人民所關心並受法律保障之權利受到明顯而立即的影響。關於前者之情形，可能將其定位為非屬權利的侵害，人民並無向法院提起訴訟請求除去在行政措施的必要性；惟後者則為典型之權利侵害，依該行政措施為行政處分抑或是事實行為，人民得分別向法院提起撤銷訴訟與一般給付訴訟。但世間案例千變萬化，並非全然得歸類於該兩種極端，而於該兩種極端中仍存有極多之中間案例。事實上，在探討到預防性不作為訴訟時，人民之權利於「現在」是否受到「未來」之公權力之侵犯，實際上即是處於該中間之模糊地帶。而法院在審查行政作為對主觀公權利之影響程度，以決定其是否符合「侵犯」要件時，特別是在行政作為對權利之實際作用是在未來發生時，其判準之建立，基本上是一種個案式之利益權衡，權衡以下二種對立之利益，以其個案中利益較大者為準<sup>199</sup>：（1）其一乃是基於保障人民權利之實效性出發，此等將來之行政措施是否會形成現在人民法律地位的「重大不安」，人民現在重大不安之程度越強烈，法院即越有可能將提供保護之時點盡量向前挪移。（2）另一則是從權力分立的角度出發，強調各個憲法機關之權能分工，以追求最佳之效率。詳言之，由於司法資源是有限的，供給量趕不上需求量，因此若法院對一個未來才發生影響之案件，過早地介入提供

<sup>199</sup> 關於民事訴訟上之訴之利益的根據，學者一般認為可從下列之角度加以觀察：其一，乃原告及其請求之相對人即被告間之關係、利益狀態；其二，為原告與法院之關係，即原告與國家之關係。換言之，訴之利益有無的判斷，須考量三方之利益。其一，乃原告權利救濟之實效性的個人私益；其二，乃被告避免應訴之煩的個人私益；其三，乃法院基於資源有限性，須對資源作最有效利用之一般公益。參見：邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003年版，頁74-75。本文認為，於行政訴訟上之訴之利益承認與否，亦應該等利益為權衡因素來加以考量。有所不同的是，於民事訴訟上之訴之利益之有無，須考量被告是否具有應訴之煩的私益；惟因行政訴訟中被告乃是行政機關，其應不得享有該利益。準此，於行政訴訟上所應考量之利益，僅有原告權利救濟之實效性的個人私益，與法院基於資源有限性而須對資源作最有效利用之一般公益。

實體保護，或許將來「事過境遷」，原來之努力即歸於徒勞，有限司法資源即未能做出最有效率之配置。基於有效率地使用訴訟制度之考量，對於未來之行政措施之干預，法院勢必不得採取過於開放之態度。

以上之權衡始終是二種對立利益「相對」程度之比較，因此其決定標準不會有「一刀二斷」式的明確邊界，始終是個案式的衡量。惟針對將來行政作為之預告，是否構成對特定主觀公權利之現實侵犯，法院基本上是採取比較審慎之立場，亦即從強調權力分立以追求效率之因素，始終居於較優先考量之地位，除非此等預告結果對人民法律地位形成重大明顯之不安，不然考慮到司法資源之有限性，應儘量讓實體審理時點延後。準此，預防性訴訟之允許，在司法實務上應是一種例外，而不是原則。



惟所謂之例外情事，具體而言，究何所指？本文認為，行政訴訟法增列之各種訴訟類型，皆是針對行政機關已經作成行政行為或依法應作成行政行為而不為所設，屬於一種事後救濟，僅有預防性不作為之訴係針對行政機關依法不應作成任何行政行為，唯恐一旦做成後，提起撤銷、確認、義務等事後救濟之訴訟，無法發揮即時有效之救濟效果，於人民不具有容忍行政機關作成行政行為之義務，而有權利保護之必要時，承認其提起預防性不作為之訴。是以，所謂例外情事，必須具有「非經即時起訴，將來權利無從確保」之「保護必要性」存在。惟該如何具體判斷「非經即時起訴，將來權利無從確保」？前述之日本法對於預防性不作為之訴的討論，即值得我國法來借鏡。日本行政事件訴訟法修正後之立法明文，乃認為預防性不作為之訴之權利救濟之必要性，須同時具備下列兩個要件：即「行政機關作成一定之處分或裁決的蓋然性」與「損害之重大性與補充性」。換言之，行政機關即有可能作成一定之處分，來侵害人民之權利；且若作成該處分，將會對人民造成重大損害，此時，即使有可能再運用事後之救濟手段，對於人民權利之保護亦不充足而欠缺實效性時，即得肯認其提起預防性不作為訴訟的

特別權利保護必要性。

預防性不作為訴訟雖然在具備特別之權利保護必要性下，應例外承認，惟其於我國行政訴訟法之依據何在？而處於何等之位置？如前所述，於我國實務上，有認為可依行政訴訟法第 115 條規定準用民事訴訟法第 246 條將來給付之訴的規定，來作為預防性不作為之訴的實定法依據；亦有認為現行行政訴訟法第 8 條即得包括預防性不作為之訴在內。本文認為，基於體系解釋，行政訴訟法第 8 條第 1 項關於「請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付」的訴訟所欲排除者，乃是「請求作成行政處分」之課予義務訴訟，並沒有排除預防性不作為之訴之意；且基於文義解釋，行政機關不作成特定行政處分之消極行為本身，並非行政處分。是以，不論人民是請求法院禁止行政機關作成特定之事實行為亦或是行政處分，似皆得包含於第 8 條之構成要件之範圍中，而得以之作為預防性不作為之訴的依據。準此，行政訴訟法本身既有預防性不作為之訴的明文，因無法律漏洞存在，即無庸再準用民事訴訟法以求其實定法依據之理。另須特別注意的是，行政訴訟法第 8 條並無關於訴之利益的明文，是若於該條承認預防性不作為之訴時，「行政機關作成一定之處分或裁決之蓋然性」與「損害之重大性與補充性」之特別的訴之利益，即應作為其不成文的訴訟要件，此為當然之理。

## 貳、預防性假處分之容許性

### 一、實務

最高行政法院 90 年裁字第 621 號裁定認為：「行政機關之行政處分，不得為保全定暫時狀態之假處分，行政訴訟法第 299 條規定甚明。蓋假處分將阻礙行政機關之行政處分或其他公權力之行使，而行政訴訟法第 116 條已就行政處分之停

止執行設有規定，該規定可謂假處分之代替制度，是就行政機關之處分，自無適用假處分程序之餘地。此一規定於人民在行政機關做成處分前，預先聲請假處分，亦適用之。蓋人民可等到行政處分做成後，始依法請求救濟，若其提起預防性之假處分，將成為行政法院以假處分方式代替行政機關之行政處分，顯有違權力分立之憲法設計，自為法之所不許。」由此可知，最高行政法院乃著眼於權力分立原則，認為若允許人民提起預防性假處分，將使行政法院得以假處分方式取代行政機關之行政處分，而侵越行政機關之權限，是以，預防性假處分亦受到行政訴訟法第 299 條之限制，而不得提起之。

## 二、學說

關於預防性的假處分是否許可，國內學界之相關討論不並如預防性不作為訴訟熱烈。學者陳英鈞認為，從有效權利保護的觀點來看，原則上並不需要准許預防性暫時權利保護。在行政機關在尚未作成行政處分之前，便向法院聲請預防性假處分，阻止行政處分之作成，原則上欠缺權利保護之必要。在一般正常的情況下，應可以期待人民等行政機關作成行政處分之後，再透過撤銷訴訟以及聲請停止執行等手段，來保護其權利。再者，如上述之 90 年裁字 621 號所言，如果允許預防性假處分，將會限縮行政機關在法定權限範圍內之決策權，法院將不僅僅在事後審查行政行為合法與否，此與權力分立原則有所抵觸。不過，有原則便有例外，倘若無法期待人民透過撤銷訴訟以及聲請暫時停止處分效力等方法有效保護其權利時，則應例外准許其提起預防性假處分，但聲請人必須釋明，若等行政處分作成後，將對聲請人造成無可回復之損害。如此，才能在當事人之基本權利保護與權力分立兩個憲法原則衝突的衡量下，以基本權利有效保護之要求蓋過權力分立之考量，而准許預防性假處分<sup>200</sup>。

<sup>200</sup> 陳英鈞，從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話，台大法學論叢，第 34 卷第 4 期，2005 年，頁 101-102。



### 三、本文見解

本文認為，如果認為行政訴訟法基於人民權利保護之有效性的立場，而承認預防性不作為訴訟的話，則因暫時權利保護乃是輔助本案訴訟所不可或缺之制度，亦應一併附隨地承認預防性暫時權利保護制度。否則雖允許人民提起預防性不作為之訴，惟卻不承認預防性暫時權利保護的話，隨著於本案訴訟程序之進行中，若行政機關不預期地作成行政處分後，人民所進行之本案程序將變得毫無意義，欲藉由承認預防性不作為之訴以保障人民權利的良善美意將大打折扣。是以，基於貫徹保障人民權利之有效性，既已承認預防性訴訟，勢必須一併承認預防性暫時權利保護。

惟預防性暫時權利保護僅是略式程序，其審理程序未如本案程序嚴格，其法律效果卻與本案程序般，同樣可以代替行政機關之判斷，而剝奪行政機關之第一次判斷權。因此，為防範司法權遭過度濫用，而侵犯行政權之固有領域，預防性暫時權利保護許可要件中，即應加以適度地限制，且其所限制之要件須相較於預防性不作為訴訟的要件更為嚴格，始符合衡平。

至於，預防性暫時權利保護之要件，因我國法未見討論，日本法上對於暫時性禁止的規定，即值得我國法參考。亦即，首先，在程序要件方面，須有適法的本案訴訟被提起；且該程序之聲請人與相對人，須為本案訴訟之適格當事人。其次，在實體要件方面，須本案顯有理由，以確保本案權利具有一定程度之蓋然性存在，接著才進行保全必要性之利益衡量，亦即聲請人須是為了避免無法補償之損害而有緊急之必要，且該保全決定並未對於公共利益有重大妨害之虞，始得為之。該要件之設計，不但從嚴限縮了預防性之暫時權利保護之適用範圍，亦符合

暫時權利保護之「本案權利與保全必要性」之規範結構，似值得作為我國法上借鏡。

再者，預防性暫時權利保護於我國實定法之依據，究為停止執行亦或是假處分？如前所述，行政訴訟法第 299 條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」通說認為，該條規定旨在排除撤銷訴訟與確認行政處分無效之訴的適用，其他訴訟類型因無停止執行制度之適用，是以仍應適用假處分制度。準此以解，預防性訴訟因無停止執行制度之適用，應不在行政訴訟法第 299 條排除範圍之列，其暫時權利保護制度仍應為假處分，而非停止執行。並且，在解釋行政訴訟法第 299 條之內涵時，上述日本法上「**為避免無法補償之損害而有緊急之必要**」、「**關於本案顯有理由**」及「**對於公共利益有重大影響之虞**」之暫時性禁止的要件，即須融入於其內。

### 參、小結

如前所述，於日本之資訊公開法制下，對於第三人得否提起禁止訴訟之所以有爭議，其主因乃是於該國之資訊公開法規定，公開決定之作成與其實際的實施間，設有一定的緩衝時間，以確保第三人得以提起撤銷訴訟的方式來救濟其權利。惟我國政府資訊公開法並未設有，公開決定之作成與其實際的實施間之緩衝時間的規定。是以，第三人僅要符合預防性不作為訴訟之特別權利保護必要性的要件，應得依行政訴訟法第 8 條提起該訴。至於其特別權利保護必要性，似得參照日本 2004 年新設之禁止訴訟的要件。此外，第三人若合法提起該訴，唯恐於該訴訟繫屬中，行政機關不預期地作成公開決定，而使其本案訴訟之提起變得毫無實益，亦得依行政訴訟法第 298 條向法院聲請預防性假處分，請求法院命行政機關暫時不得作出公開決定。至於其特別實體要件，似亦得參照日本 2004 年新

設之暫時性禁止的要件。如此之程序設計，第三人之權利將可獲得充分之保障；「有權利，即有救濟」之法治國理念，將不僅是一個口號。

但細究行政訴訟法第 8 條預防性不作為訴訟之特別權利保護必要性的要件，無論放得再寬，終究仍是例外，是預防性不作為訴訟之適用，應非常態；尚且，所謂特別權利保護必要性其內涵解釋地再具體，仍屬不確定法律概念，法官於操作該要件時，存在許多不確定之因素。準此，若要於資訊公開法制下充分地保障第三人的權利，於承認預防性不作為訴訟之同時，參照日本資訊公開法制，對於公開決定之作成與其實施間設立一定之緩衝期間，似乎乃較為務實之作法<sup>201</sup>。至於，預防性救濟程序與緩衝期間之關係，應認為於設立緩衝期間後，若事後之救濟程序還是不足充分保障其權利的話，仍有運用預防性救濟程序之可能性，二者並不衝突。



當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益時，第三人若認為國家所作成之公開決定違法侵害其權利時，第三人得對該公開決定提起撤銷訴訟，並同時向法院聲請停止執行，以求救濟。惟如此事後之救濟程序，於行政機關立即執行該公開決定之情形，亦是緩不濟急。是以，第三人之資訊關係人除以撤銷公開決定等事後救濟方法，來防止自己的權利、利益受損害外，能否在該當行政機關未為公開決定前，提起預防性不作為之訴，請求法院禁止行政機關作成公開決定？

<sup>201</sup> 學者林素鳳亦認為，我國之政府資訊公開法並無公開緩衝期間之規定，日後應有進行檢討修正之必要。參見：林素鳳，我國與日本資訊公開法制之比較，警大法學論叢第 12 期，2007 年 4 月，頁 84-85。

如前所述，於日本之資訊公開法制下，對於第三人得否提起禁止訴訟之所以有爭議，其主因乃是於該國之資訊公開法規定，公開決定之作成與其實際的實施間，設有一定的緩衝時間，以確保第三人得以提起撤銷訴訟的方式來救濟其權利，又因於 2004 年修法前因對於補充性的要件解釋較為嚴格，致使學者間有否定化第三人提起禁止訴訟之傾向；惟於 2004 年修法後，對於禁止訴訟的訴之利益，於「損害之重大性」與「補充性」之要件，對於修法前之見解加以放寬，在此前提下，第三人似有提起該訴訟之空間。

惟我國政府資訊公開法並未設有，公開決定之作成與其實際的實施間之緩衝時間的規定，是以第三人僅要符合預防性不作為訴訟之特別權利保護必要性的要件，應得依行政訴訟法第 8 條提起該訴。至於其特別權利保護必要性，似得參照日本 2004 年新設之禁止訴訟的要件。此外，第三人若合法提起該訴，唯恐於該訴訟繫屬中，行政機關不預期地作成公開決定，而使其本案訴訟之提起變得毫無實益，亦得依行政訴訟法第 298 條項法院聲請預防性假處分，請求法院命行政機關暫時不得作出公開決定。至於其特別實體要件似亦得參照日本 2004 年新設之暫時性禁止的要件。如此之程序設計，第三人之權利將可獲得較為充分地保障。

進一步從立法論來說，若要於資訊公開法制下充分地保障第三人的權利，於承認預防性不作為訴訟之同時，參照日本資訊公開法制，對於公開決定之作成與其實施間設立一定之緩衝期間，似乎乃較為務實之作法。至於，預防性救濟程序與緩衝期間之關係，應認為於設立緩衝期間後，若事後之救濟程序還是不足充分保障其權利的話，仍有運用預防性救濟程序之可能性，二者並不衝突。

## 第四章 資訊公開請求權人之程序保障

### 一 訴訟參加

#### 第一節 概說

如前所述，當行政機關作成公開決定，而其所欲公開之內容，涉及到第三人之身體、健康、隱私或營業秘密時，第三人若認為該公開決定侵害其權利，第三人得於該公開決定作出後，對該決定提起撤銷訴訟，請求行政機關不要公開系爭資訊以免侵害其權利；並得同時向法院聲請停止執行，以確保其於提起撤銷訴訟之期間，因行政機關執行該公開決定，致使其所提起之撤銷訴訟變得毫無實益。此外，若第三人等到行政機關作成公開決定後，始對該公開決定開啟事後之救濟程序，緩不濟急。基於權利保護之實效性的要求，其亦得於行政機關尚未作成公開決定前，預先提起預防性不作為訴訟，請求法院命行政機關不得作出公開決定。再者，第三人提起預防性不作為訴訟時，若行政機關於該期間作成公開決定，則第三人提起預防性不作為訴訟之目的，將蕩然無存。是以，於符合一定之要件下，第三人應得提起預防性假處分，以暫時地阻止行政機關作成公開決定。

惟在第三人對於公開決定，提起上開本案訴訟及其暫時權利保護的程序中，該如何妥善地保護處分相對人之權利，乃屬於接下來需討論的問題。蓋第三人於提起該本案訴訟及其暫時權利保護時，法院所作出有無理由之決定，不僅關係到第三人之身體、健康、隱私或營業秘密是否受到侵害，處分相對人之資訊公開請求權得否實現亦會受到重大的影響。準此，於第三人提起該本案訴訟及其暫時權利保護時，如何設計一套妥善之事前程序保障制度，以均衡維護相對人之權利，應為立法者之憲法上之要求。

現行之行政訴訟法於第 41 條至第 48 條，設有訴訟參加之制度，使在行政訴

訟繫屬中，不屬於原告或被告之第三人，得參加訴訟程序。此不僅使其得以維護有關該項訴訟標的之權利或法律上利益，同時也可以確保該裁判之有效性，以避免另開訴訟而有裁判矛盾之現象產生。惟行政訴訟法所規定之參加類型有必要共同訴訟之獨立參加、利害關係人之獨立參加以及單純之輔助參加。該參加類型之內涵為何？於具體個案應如何解釋？此等參加類型之定性的問題，攸關到參加人於訴訟中之權限之大小，是以，參加類型之內涵應如何解釋，乃是須解決之首要任務。本文以下將介紹我國行政訴訟法之繼受國之一，即日本行政事件訴訟法上之訴訟參加制度，以期對於我國之參加類型之內涵應如何解釋，有所啟發，進而對我國之參加類型的內涵加以釐清。

## 第二節 日本法上訴訟參加制度

### 壹、撤銷訴訟之訴訟參加

#### 一、資訊公開請求權人所得適用之參加類型

當第三人對於公開決定提起撤銷訴訟的場合，作為被告者乃為行政機關所屬之國家或公共團體，請求公開系爭資訊者對於該訴訟僅居於第三人的地位。可是，因系爭訴訟之結果對於資訊公開請求權人有重大之影響，其對於該訴訟極為關心而欲參與系爭訴訟無寧為常態。惟此時，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何？學說上之看法未見一致，分述如下：

學者松井茂記認為，資訊公開請求權人依據民事訴訟法第 42 條之輔助參加人，或者同法第 47 條之獨立當事人的身份來參加訴訟。惟究竟應僅能適用輔助參加抑或是尚得適用獨立當事人參加，似乎尚未清楚，而有待討論。首先，既然

資訊公開法與資訊公開條例，將請求資訊公開的資格視為權利來加以保障，而使其得對拒絕公開的決定提起撤銷訴訟，至少可以說資訊公開請求權人應該當於原告（第三人）與行政機關間之「對於訴訟之結果有利害關係的第三人」。因此，至少其有適用輔助參加之相關規定。可是，如果依輔助參加之相關規定，輔助參加人之訴訟行為牴觸被參加人之訴訟行為時，其行為不生效力（民事訴訟法第45條第2項）。準此，例如，在法人對於公開決定所提起之撤銷訴訟上，作為被告之行政機關所屬之國家或公共團體敗訴，且其決定不上訴時，即使資訊公開請求權人欲上訴，亦不得上訴。其次，能否以獨立當事人身分來參加訴訟？若能以獨立當事人身分來參加訴訟，資訊公開請求權人須該當於「主張因訴訟之結果而權利受損的第三人，或者訴訟目的之全部或一部乃係為主張自己之權利的第三人」。於先前的事例上，行政機關一旦不上訴，敗訴判決因而確定，行政機關即不能對於資訊公開請求權人公開系爭資訊。因此，資訊公開請求權人得主張自己的權利受侵害，而以獨立當事人身分來參加訴訟亦非不可能。且如果依獨立當事人身分參加訴訟，即得獨立地從事訴訟行為<sup>202</sup>。

日本律師公會之行政訴訟研究中心則認為，在這樣的情形，圍繞著行政機關所持有的資訊，資訊公開請求權人與請求不公開之第三人間因利害關係彼此對立，所以適用行政事件訴訟法第22條之第三人訴訟參加的事件，屢見不鮮。詳言之，於行政機關作出不公開決定之情形，資訊公開請求權人認為其權利被侵害，而對該決定提起撤銷訴訟時，第三人即依該條來輔助作為被告之行政機關而參加訴訟；反之，於行政機關作出公開決定之場合，第三人認為其權利將因該決定之執行而被侵害，而對該決定提起撤銷訴訟時，資訊公開請求權人亦得依該條來輔助作為被告之行政機關所屬之國家或公共團體而參加訴訟<sup>203</sup>。

<sup>202</sup> 松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003年，頁397。

<sup>203</sup> 日本弁護士連合会行政訴訟センター，実務解説 行政事件訴訟法—改正行訴法使いなす，青林書院，2005年，頁232、238-239。

由此可知，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何？有認為，資訊公開請求權人應適用民事訴訟法第 42 條之輔助參加者，或者同法第 47 條之獨立當事人的身分來參加訴訟。另有認為，資訊公開請求權人應適用行政事件訴訟法第 22 條之第三人訴訟參加的規定來參加訴訟。是以，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何，上述兩種看法並不一致；且因不同之參加類型將關係到參加人權限之大小，進而影響請求公開系爭資訊者得否於訴訟程序中充分地表達意見，而使其資訊公開請求權於該訴訟中能被適切地考量。

蓋若屬於第三人參加，一旦法官作出參加決定，依行政事件訴訟法第 22 條第 4 項準用民事訴訟法第 40 條第 1 項至第 3 項規定之結果，即賦予參加人準用必要共同訴訟之共同訴訟人的地位。因此，參加人的訴訟行為，僅關於被參加人之利益始發生效力。換言之，有利的訴訟行為，即使僅參加人一人為之，仍對於全體發生效力；反之，參加人即使從事不利的訴訟行為，只要不是全體一致為之，仍不發生其本來之效力。參加人獨自對於相對人主張之事實加以爭執，形同全員都加以爭執；撤回訴訟亦須經過全員之同意。並且，訴訟參加後，被參加人即使自白，亦不發生效力；即使請求的捨棄、認諾，亦應做相同之解釋。<sup>204</sup>由此可知，參加人之地位雖有其獨立性，然亦受到不少限制。惟若僅屬於一般的輔助參加，依民事訴訟法第 45 條規定，輔助參加人之訴訟行為與被參加人之訴訟行為抵觸時，不生效力。是其地位相較於第三人參加程序中的參加人，具有明顯之從屬性，而受有更多之限制。再者，若屬於獨立當事人參加，依據民事訴訟法第 47 條規定，第三人乃是以原訴訟當事人之一方或雙方為被告，而自己居於當事人地位而加入訴訟程序，形成三面訴訟關係。因第三人乃自居於原告之地位，其地位之獨立性相較於第三人參加與輔助參加，自然高上許多。

---

<sup>204</sup> 此外，對於參加人而言，其於訴訟程序之停止事由發生時，則訴訟程序即應被停止。關於第三人參加之參加人權限，參見：南博方編，*條解行政事件訴訟法*，弘文堂，1987 年，頁 583（松沢智執筆）。



準此，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何，乃成為值得討論之問題。惟該問題涉及到撤銷訴訟上之訴訟參加制度的體系性認識，本文以下將對於日本法上撤銷訴訟之訴訟參加作扼要的介紹，以期對該問題之釐清有所助益。

## 二、撤銷訴訟上之參加類型

所謂的訴訟參加，乃指法院依聲請或依職權以裁定命當事人以外之第三人，參與他人間已繫屬之訴訟程序。至於，法院為何使該第三人參與訴訟程序之進行，其目的何在？一般認為訴訟參加制度可達成下列之目的：首先，訴訟參加有助於第三人之權利保護。藉由第三人適當地程序參與，得以防止法院作成對其不利之裁判，如此，第三人之權利即可獲得確保。其次，訴訟參加得以實現發現真實之理想。訴訟參加制度使得與案件具有一定關聯性之人得以參與程序，而賦予其攻擊防禦之機會，法院於審理系爭案件所憑藉之訴訟資料自然較為充足，是對於法院廣泛地澄清或發現系爭案件之事實真相當有所助益。最後，訴訟參加有助於法的安定性。經由訴訟參加而使裁判效力擴張及於第三人具有正當性基礎，此不僅得避免第三人反覆爭訟而不當耗損訴訟資源；亦得避免因第三人另行起訴，而使法院對於同一訴訟標的作出彼此相互矛盾之裁判<sup>205</sup>。

此外，日本行政訴訟法制上之訴訟參加類型為何？行政事件訴訟特例法第8條第1項規定：「法院，認為有必要的時候，得依職權，命關於該訴訟的結果有利害關係之某行政機關或其他之第三人參加訴訟」，該條規定雖然承認了當事人以外之第三人與行政機關皆得以從事訴訟參加，惟當參加人為第三人時，因其訴訟之結果可能會使其權利受害，是其參加該訴訟之主要目的乃是為保障自己之權利；相反地，當參加人為行政機關時，因其曾參與成為訴訟對象之處分作成的過

---

<sup>205</sup> 宮田三郎，行政訴訟法，信山社，2007年，頁47。

程，是其加入系爭訴訟之主要目的則為發現實體真實。在二者對於訴訟之關聯性有所差異，連帶使其參加之目的亦有所不同之情況下，該二者於從事訴訟參加時，其訴訟法上地位是否有所差異？該條文似乎不甚清楚；而且該條文僅規定法院得依職權以裁定命第三人或行政機關參加，惟依當事人、第三人或行政機關之聲請來參加是否可行？並無規範；另外，在該舊法下，對於撤銷判決擴張及於第三人之規定，亦付諸闕如。因舊法有該等疑問存在，行政事件訴訟法對於該問題點加以釐清：首先，行政事件訴訟法於第 22 條及第 23 條，對於第三人之訴訟參加與行政機關之訴訟參加，分別做了明確的規定，以解決該疑義。詳言之，第 22 條為第三人訴訟參加的規定<sup>206</sup>，其適用之對象為「因訴訟之結果致其權利受侵害之第三人」，是該條對於其參加人之適用範圍加以限定，僅行政機關以外之第三人，始得以參加人之身分適用該條，並賦予其共同訴訟輔助參加人之地位；另一方面，第 23 條則為行政機關訴訟參加的規定<sup>207</sup>，其明確地限定其適用對象為「認為其他行政機關有參加訴訟之必要時」，亦即僅參加人為當事人以外之行政機關的場合，始得適用該條，以示與第三人之訴訟參加有所區別，並賦予其普通輔助參加人之地位。再者，上述第 22 條與第 23 條不僅承認法院得依職權發動訴訟參加，亦承認當事人、第三人或行政機關之聲請來參加。最後，並於行政事件訴訟法第 32 條規定了撤銷判決第三人效之規定<sup>208</sup>。上述之爭議，遂因行政事件訴訟法之立法明文而告釐清<sup>209</sup>。是以，日本行政訴訟法制上之訴訟參加類型有「第三人參加」與「行政機關參加」，惟因第三人參加始與本文有所關聯，以下將僅針對第三人參加予以介紹，而不另論行政機關之參加。且本文於論於第三人參加時，並附帶論及民事訴訟法上之訴訟參加類型與其之關聯性，以求對於日本行政訴訟上之訴訟參加類型有一個整體認識，進而對於資訊公開請求權人所應適

<sup>206</sup> 日本行政事件訴訟法第 22 條第 1 項規定：「因訴訟之結果而有權利受害之第三人時，法院得依當事人或該第三人之聲請或依職權，以裁定命該第三人參加訴訟。」

<sup>207</sup> 日本行政事件訴訟法第 23 條第 1 項規定：「法院認為有必要命原處分或裁決機關以外之行政機關參加訴訟時，得依當事人或該行政機關之聲請或依職權，以裁定命該行政機關參加訴訟。」

<sup>208</sup> 日本行政事件訴訟法第 32 條第 1 項規定：「撤銷處分或裁決之判決，對第三人亦有效力。」

<sup>209</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 572-573（松沢智執筆）。南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 422-423（新山一雄執筆）。

用之參加類型之問題的釐清，有所助益。

## （一）第三人訴訟參加

### 1、意義與性質

行政事件訴訟法第 22 條規定：「因訴訟之結果而有權利受害之第三人時，法院得依當事人或該第三人之聲請或依職權，以裁定命該第三人參加訴訟。為前項裁定時，法院必須先詢問當事人或第三人之意見。為第一項聲請之第三人，對於駁回該聲請之裁定，得為即時抗告。依第 1 項規定參加訴訟之第三人，準用民事訴訟法第 40 條第 1 項至第 3 項之規定。依第 1 項規定，第三人為參加之聲請時，準用民事訴訟法第 45 條第 3 項及第 4 項之規定。」此即為「第三人訴訟參加」之依據。

關於第三人訴訟參加之立法意旨，乃因抗告訴訟圍繞者行政處分之複雜的利害關係的情形日漸增加，是以，為使實質上紛爭當事人之第三人參與訴訟，而妥適的訴訟程序得以遂行，便有其意義存在。特別是，存在多數利害關係人等環境訴訟等現代型訴訟，鑑於其判決之效力將會有所擴張，為保護該多數利害關係人之權利，勢必須活用訴訟參加之制度。因而設計了第三人訴訟參加之規定，以資調合該等多元利益關係<sup>210</sup>。

於論及多元利益關係時，不免令人聯想到實體法之第三人效力行政處分。一般而言，因現行法承認第三人效力行政處分，是行政處分不僅對於處分相對人發生法律效果，對於第三人權利產生影響的事例並不算少見。例如，事業者進行大

<sup>210</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、国家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 203。

規模開發的場合，對於行政機關依據都市計畫法所作出開發許可，雖然該事業者因處分可以獲得進行相關開發行為之利益的法效果，但是鄰近居民可能因為該開發行為改變了週遭的環境而受到一些不利益的影響。因此，法律一方面，顧慮到像這樣的第三人之權利，設計了關於非處分相對人之第三人原告適格的規定（行政事件訴訟法第 9 條第 2 項）；他方面，因現行法承認非處分相對人之第三人亦有提起撤銷訴訟之原告適格。是於撤銷訴訟，因訴訟之結果而對於自己的權利受到直接影響之處分相對人，而未成為該訴訟之形式當事人的情形恐成為常態。為顧慮到撤銷判決對於未成為訴訟當事人之第三人所帶來的法律效果（行政事件訴訟法第 32 條第 1 項），而對於「因訴訟結果而權利受害之第三人」，乃承認訴訟參加之制度。<sup>211</sup>

由此可知，第三人訴訟參加主要乃以涉及第三人效力行政處分之訴訟案件為適用對象。例如，對於某人為建築許可之處分，惟該處分之作成侵害到鄰近住民之權利，該住民乃對於該處分提起撤銷訴訟時，因該處分而獲得利益之處分相對人並非該撤銷訴訟之當事人。可是，於該訴訟之原告請求之趣旨，乃是為了剝奪處分相對人因該處分所獲得之既得權，是其不得不對於訴訟之結果加以深切地關心。如果使該人對於訴訟程序之進行袖手旁觀，將有違反程序上正義之嫌。因此，該因訴訟之結果而自己之權利將有受害之虞的人，賦予其能阻止原告之請求，而立於被告方以從事攻擊防禦方法之機會，乃該條訴訟參加之趣旨<sup>212</sup>。

此外，於撤銷訴訟上之訴訟參加，除了為保護該第三人之權利之目的外，因該第三人之主張與證明，對於訴訟資料之充實亦有一定之助益。此將使實體真實易於實現，而處分之適法性亦得以確保。因為訴訟參加亦帶有該公益面向，所以

<sup>211</sup> 高木光/常岡孝好/橋本博之/櫻井敬子，条文から学ぶ—行政救済法，有斐閣，2006年，頁247（櫻井敬子執筆）。

<sup>212</sup> 南博方/高橋滋編，条解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年，頁421。（新山一雄執筆）。

其程序之開啟，不僅承認該第三人之聲請，亦承認法院得依職權為之<sup>213</sup>。

再者，第三人若參與訴訟程序，亦能夠提供判決效力對之有所拘束的正當性基礎。蓋第三人若具有因撤銷判決而使其依處分所獲得之既得權加以覆滅之關係的話，其於該訴訟亦得稱為實質上當事人，是其居於該實質上當事人地位，應受有「接受裁判權利」之保障。準此，第三人訴訟參加正可解為，實現第三人之憲法上正當程序一環之「接受裁判權利」的制度。第三人若依訴訟參加制度而參與訴訟程序後，將使其能正當地能受判決效力之拘束而不得再加以爭執，法秩序之安定性即得以維持<sup>214</sup>；至於，第三人若沒有參與訴訟程序，惟卻受到第 32 條第 1 項之撤銷訴訟形成力的影響，以致其因訴訟之結果而權利受到侵害時，為了貫徹訴訟參加制度保護第三人權利之機能，行政事件訴訟法於第 34 條設計了第三人再審之訴，以圖謀第三人權利之保護<sup>215</sup>。

綜上所述，第三人訴訟參加除了具有保護該第三人之權利之目的外，因該第三人之主張與證明，對於訴訟資料之充實亦有一定之助益，而有助於實體真實得以實現，且亦能夠提供判決效力對之有所拘束的正當性基礎。另值得討論的是，第三人之訴訟參加與民事訴訟法上之訴訟參加有何關係？依據該條而為訴訟參加之人，於該前述之第三人效力行政處分的相對人乃為其典型，因其為直接受到撤銷判決效力之人，是該參加人被賦予準用必要共同訴訟之共同訴訟人的地位（第 22 條第 4 項）。可是，與其說第三人在程序上受判決效力之拘束，不如強調其於判決之對象即實體法上的法律關係亦須合一確定。因此，第三人於訴訟上是為了自己固有的權利而實施該訴訟，當然得以從事與其所輔助之當事人相異之主張。在此點上，與僅單純地輔助當事人之輔助參加人有所不同。準此，通說認為，第三人之訴訟參加不但為法律上輔助參加形式之一，且應解為類似於所謂的「共

<sup>213</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 422（新山一雄執筆）。

<sup>214</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 424（新山一雄執筆）。

<sup>215</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 573（松沢智執筆）。

同訴訟輔助參加」<sup>216</sup>。

此外，於日本行政訴訟制度之母國法之德國行政法院法第 65 條規定：「訴訟尚未確定或謂係屬於上級法院前，法院得依職權或依聲請命法律上利益因判決而受影響之人參加訴訟。」此即，所謂的「通常訴訟參加」；同條第 2 項規定：「判決對於涉及系爭法律關係之第三人亦須合一確定者，法院應命其參加訴訟。」此即所謂的「必要訴訟參加」。於日本法上並沒有如德國法上設置必要訴訟參加規定之基礎。蓋德國之行政訴訟與民事訴訟相同，認為判決之效力僅及於訴訟當事人乃其基本之原則。因此，對於判決須合一確定之第三人（即第三人效力行政處分相對人），如果亦另行提起後訴而居於當事人的地位，並沒有參加前訴的話，因前訴原告勝訴判決之效力並不及於該第三人，是可能陷入該處分於原告被告間已失其效力，對於該第三人依然有效之重大邏輯矛盾。在此意義下，使第三人參加訴訟乃「必要」的。因此，德國行政訴訟之通說認為，法院應命參加而未命參加時，構成重大之程序瑕疵，判決僅能生形式確定力，對所有當事人均不具實質確定力，上訴於第三審時，第三審法院應廢棄原判決，發回第二審法院。因日本行政訴訟法第 32 條承認撤銷判決之第三人效力，所以其行政訴訟之基礎與德國不同顯有不同，對於判決須合一確定之第三人即使未訴訟參加，判決效力亦及之，上述邏輯矛盾之情形不至於發生。所以，不論從第 22 條之目的，亦或從其文義來看，第三人訴訟參加皆應解為「通常訴訟參加」<sup>217</sup>。

## 2、訴訟參加之要件

### (1) 該條第 1 項「因訴訟之結果而權利受害的第三人」之意義

<sup>216</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 574（松沢智執筆）。高木光/常岡孝好/橋本博之/櫻井敬子，条文から学ぶ—行政救済法，有斐閣，2006 年，頁 248（櫻井敬子執筆）。宮田三郎，行政訴訟法，信山社，2007 年，頁 47。

<sup>217</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 423-424（新山一雄執筆）。

依據該條而能夠參加撤銷訴訟之第三人，乃「因訴訟之結果而權利受害之第三人」。因此，於該條所謂的「因訴訟之結果而權利受害之第三人」的意義即成為待解釋問題。首先，行政事件訴訟特例法第 8 條所規定「關於訴訟之結果，有利害關係之行政機關或其他第三人」，與民事訴訟法第 42 條之輔助參加相同，廣泛地承認第三人的參加。可是，僅有利害關係即廣泛的賦予其準用共同訴訟人之地位，與前述該條之立法意旨相違背，所以行政事件訴訟法關於第三人之範圍乃以「權利受害之第三人」為限。因此，該條之第三人如僅對於訴訟之結果有利害關係尚未充足，而應解為因原告勝訴判決之結果，致其自己的權利或法律上利益被侵害之人，始足當之<sup>218</sup>。

其次，所謂第三人因原告勝訴判決之結果而權利受損，其真意應解為第三人因受原告勝訴判決之拘束而權利受損。惟此判決之效力，究竟是僅指判決之形成力，抑或包括判決之拘束力在內？此問題探討之實益在於，若判決之效力僅指判決之形成力，則第三人訴訟參加之適用對象僅包含涉及到第三人效力行政處分的事件，而不含其他事件。惟若判決之效力不僅指判決的形成力，亦包括判決之拘束力的話，則涉及到第三人效力行政處分以外之事件，亦可能適用該參加類型。例如，在處於競爭關係之甲與乙之中，於甲獲得免許處分而乙獲得拒絕處分時，一旦乙所提起之撤銷訴訟且獲得勝訴之結果，因判決之拘束力，甲所獲得之免許處分將被撤銷，是甲於該情形，若採取後者之見解，亦得依第三人訴訟參加之規定參與訴訟程序。

對該問題，學者之看法似乎未見一致。學者一般認為，所謂的「因訴訟之結果而權利受害的第三人」，就體系解釋而言，乃指因受到撤銷判決之形成力，似應解為依據其判決主文自己的權利受侵害之訴訟當事人以外的第三人。亦即，與

<sup>218</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 427（新山一雄執筆）。

規範第三人再審之訴之第 34 條，所規定的「因撤銷處分或裁決而權利受害者」範圍相同，僅指受判決之形成力的第三人為限。可是，依據文義解釋，上述解釋並不妥當，所謂的「權利因訴訟結果而受害」，應解釋為，撤銷判決效力之結果，而導致其權利受到侵害。是該撤銷判決之效力，不應該嚴格地解釋為因其形成力而使其權利受侵害之場合為限，因撤銷判決之拘束力而權利受害之第三人，亦應該當於本條所謂的權利受害之第三人。換言之，於此處第三人的範圍，比起第三人再審之訴的原告適格範圍大，蓋該判決拘束相關行政機關之結果，因該行政機關之行為而權利受害的第三人亦包括在內<sup>219</sup>。

惟學者新山一雄卻採取與多數說不同之看法，其認為因行政事件訴訟法第 33 判決之拘束力而受到不利益之人，即使認為其有訴訟參加之利益，惟既然依據該條而訴訟參加的人，因直接受到判決效力之拘束而承認其共同訴訟輔助參加人之地位，是其範圍應被嚴格限定，以受判決之形成力而權利直接地受害之人為限。因此，所謂「因訴訟之結果而權利受害」乃指因第三人效力行政處分（即雖該處分對相對人係受益，惟對於提起撤銷訴訟之原告卻是負擔之性質）所產生之實體法上法律關係為中心。授予該訴訟上非當事人之第三人權利的處分，被原告請求撤銷，若原告勝訴而獲致勝訴判決，該第三人自身之權利將被覆滅。此等情形始有適用該條之餘地<sup>220</sup>。

本文認為，既然該條賦予參加人性質上被賦予準用必要共同訴訟之共同訴訟人之地位（行政事件訴訟法第 22 條第 4 項），而其對於訴訟之結果之影響力甚為

<sup>219</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 579（松沢智執筆）。松沢智並補充：如果廣泛地承認第 34 條之受到確定終局判決效力者的範圍，將與法安定性之要求有所矛盾。詳言之，於尊重法的安定性同時，無受到判決之形成力所及第三人獨自地爭執行政處分之違法，即使其不得依據第 34 條來直接地給予其救濟，對其權利之保護亦應無太大之妨害。是第 34 條再審之訴的第三人已受判決之形成力者為限，與本條相比，其範圍顯較狹隘。另外，學者宮田三郎與櫻井敬子亦認為判決之效力，不僅指判決之形成力，亦包括判決之拘束力在內。參見：宮田三郎，行政訴訟法，信山社，2007 年，頁 48。高木光/常岡孝好/橋本博之/櫻井敬子，条文から学ぶ行政救済法，有斐閣，2006 年，頁 247（櫻井敬子執筆）。

<sup>220</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 427（新山一雄執筆）。



巨大。是以，第三人因受原告勝訴判決之形成力之拘束而權利直接地受損之人，其與訴訟結果之關係始較為密切，而足以承受該對於訴訟之結果之影響力甚為巨大之地位。惟不論採取何種見解，因涉及第三人效力行政處分所生之事件，乃適用該條之典型事例，並無疑義。且須注意的是，所謂的第三人效力行政處分所生之事件，乃適用該條之典型事例，乃指處分已作成，而第三人對於處分提起撤銷訴訟，處分相對人得以適用該條之情形。若第三人效力行政處分尚未作成，處分相對人於提起課予義務訴訟的情形，第三人得否適用本條，還是有所爭議。若如多數說從寬認為包含受判決之拘束力而間接受到影響之人，則仍得適用本條<sup>221</sup>；惟若如本文之見解，僅認為受判決之形成力而直接受到影響之人，則於此情形並不在該條適用範圍之列。

此外，所謂的因訴訟之結果而「受害之權利」，並不限於嚴格意義之權利，法律上被保護之利益亦包含在內。蓋此處第三人之參加利益乃是與原告之訴之利益相對稱之概念，於探討撤銷訴訟之第三人原告適格時，通說與實務乃採取法律上被保護利益說，並未限定嚴格之權利，法律上之利益亦包括在內，是此處第三人之參加利益若限定於嚴格意義之權利，對於兩者權益之保護將限於輕重失衡的困境<sup>222</sup>。可是，僅是事實上利益與經濟上利益，並不該當於此處所稱之權利。

## (2) 判例

首先，關於私人獨占之禁止與公正交易確保之法律第 25 條的被害人，對於同法第 26 條所定之審決的撤銷訴訟，依據訴訟之結果，因不具有其既得之權利或者利益被奪取之關係，是以不該當於該條之「因訴訟之結果而權利受害之第三

<sup>221</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 180-182。

<sup>222</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 427（新山一雄執筆）。

人」<sup>223</sup>。其次，勞工對於勞動委員會之不當勞動行為提起救濟而被廢棄之命令，提起撤銷訴訟，參加該勞動委員會方之受僱人，該當於該條之第三人<sup>224</sup>。再者，受僱人對於勞動委員會之救濟命令提起撤銷訴訟的場合，參加於該受僱人方之工會，並不該當於該條之第三人。最後，接受到解僱與調職命令之勞工，向法院聲請緊急命令，請求其命勞動委員會撤回該命令並予以回復原職，惟卻遭法院予以駁回，於該駁回決定之抗告事件上，該勞工所屬之工會並不該當於該條之第三人<sup>225</sup>。

### 3、即時抗告

行政事件訴訟特例法第 8 條僅規定：「法院，於認為必要時，得依職權，以裁定命關於訴訟之結果有利害關係之行政機關或其他第三人參加訴訟。」亦即，僅能依法院職權發動之裁定，訴外人始得參加訴訟。如此一來，對於因撤銷訴訟判決之結果，自己的法律上地位直接受影響之第三人的保護，並非十分周全，亦應承認當事人或第三人自己得向法院聲請以發動訴訟參加，始為妥當。是行政事件訴訟法第 22 條第 1 項後段即修正為：「法院得依當事人或該第三人之聲請或依職權，以裁定命該第三人參加訴訟。」此外，法院不論是依職權或依第三人之聲請而准許其參加，皆須由法院作出裁定，且為該裁定時，法院必須先詢問當事人或第三人之意見。此觀，行政事件訴訟法第 22 條第 2 項之規定：「為前項裁定時，法院必須先詢問當事人或第三人之意見。」即可得知。

值得一提的是，聲請參加的第三人，對於駁回其聲請之裁定，得提起即時抗告，似無疑義（行政事件訴訟法第 22 條第 3 項）。可是，當法院准許第三人參加

<sup>223</sup> 東京高決，昭和 50 年 3 月 18 日，行集，26 卷 3 號，頁 344。

<sup>224</sup> 京都地決，昭和 43 年 5 月 7 日，判時，522 號，頁 82。

<sup>225</sup> 東京高決，昭和 54 年 8 月 9 日，勞民集，30 卷 4 號，頁 487。

時，當事人得否對該准許之裁定不服而提起即時抗告？法條即無明文規定，學說上即生爭議。採取否定見解之學者即認為，行政事件訴訟法第 22 條與行政事件訴訟特例法乃採取相同之立場，僅法院依職權命第三人參加，第三人始得參加，而當事人對於請求法院准許第三人參加之聲請，只不過為請求法院發動其職權而已，是當事人並無對於許可裁定聲明不服之必要。惟因判決效力致權利受害，同時其參加聲請又被拒絕之第三人，因其權利有加以保護之必要，特別於行政事件訴訟法第 22 條第 3 項承認其即時抗告之權限<sup>226</sup>。另一方面，採取肯定說之學者則認為，從行政事件訴訟法第 22 條第 3 項之文義來看，似乎僅因聲請參加而被駁回之第三人為限，始得提起即時抗告，是以，否定說亦非完全無道理。但是，第三人參加之立法意旨，即是對於實質之當事人使其能參與訴訟程序，而賦予其提出攻擊防禦之機會，以實現案件之公正裁判。是從體系解釋來看，為了實現事件之公正審理之目的，是於第 1 項賦予當事人參加聲請權，且於第 2 項亦保障其陳述意見之機會。在此前提下，若認為行政事件訴訟法第 22 條乃以職權參加為基調之想法，似乎仍有疑問存在。準此，應準用民事訴訟法第 44 條第 3 項之結果，使當事人對於參加裁定有所不服時，得對該裁定提起即時抗告<sup>227</sup>。

關於該點，雖有實務見解認為，基於文義解釋認為，行政事件訴訟法第 22 條第 3 項並無包含使當事人對於准許參加之裁定提起即時抗告之意旨<sup>228</sup>。惟本文認為，既然民事訴訟上之輔助參加承認當事人對於准許參加之裁定提起即時抗告，並且該輔助參加亦得被準用於行政訴訟上，則若僅因參加類型之差異，而使當事人得否提起即時抗告而有所不同，似不妥當，是應以肯定說可採<sup>229</sup>。

#### 4、對於訴訟參加人之效力

<sup>226</sup> 杉本良吉，行政事件訴訟法解說，法曹會，1963 年，頁 97。

<sup>227</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 582-583（松沢智執筆）。

<sup>228</sup> 最高判，平成 14 年 2 月 12 日，判時，1782 號，頁 159。

<sup>229</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 207。

關於第三人參加有無所謂「參加效力」的問題？亦即，於行政機關敗訴之場合，作為當事人之行政機關與訴訟參加人於後訴可否為反於前訴判斷之主張？關於這個問題，因前訴訟之行政機關敗訴時，法院所為之判決將使該處分所產生之法律關係解消，是該判決乃形成判決。又因形成判決具有對世效，無論是前訴之行政機關抑或是訴訟參加人，皆對其發生形成力，是在此前提下，討論撤銷訴訟之參加效力，並無任何實益<sup>230</sup>。

惟亦因撤銷判決具有形成力，無論是依據法院之許可裁定而參與訴訟程序之第三人，抑或是訴訟程序外之利害關係人，不管有沒有參與訴訟程序，皆受到撤銷判決之形成力的影響。此雖是基於法的安定性之要求，始於行政上之法律關係作統一之規制。惟細究之，參與訴訟者，使其受形成效力所及，並無任何問題；反之，未參與訴訟者，卻使其受形成效力所及，其正當性即令人質疑。基此，行政事件訴訟法於第 32 條明文撤銷判決形成力之對世效的同時，亦設置了「第三人訴訟參加」（第 22 條）與「第三人再審之訴」（第 34 條）的制度，以糾正立於訴訟外之利害關係人亦受判決效力之不合理現象<sup>231</sup>。

訴訟外之利害關係人，得依據第三人訴訟參加之規定來參與訴訟程序，其後因其已有受有聽審權之保障，使其受形成效力所及，即有其正當性。是依據行政事件訴訟法第 22 條而取得參加人地位之第三人，於其判決確定之後，應不得質疑該判決之形成力。惟訴訟外之利害關係人因不可歸責於自己的事由，而沒有參與訴訟以致沒有提出攻擊或防禦之方法，卻受到判決之形成力之影響時，為保障該人民之聽審權，是其得依行政事件訴訟法第 34 條之規定，於判決確定後，對之提起再審之訴。換言之，行政事件訴訟法第 34 條與行政事件訴訟法第 22 條乃

<sup>230</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 432（新山一雄執筆）。

<sup>231</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 584（松沢智執筆）。

互為配套，同為保障人民之聽審權而設，準此，已取得參加人地位之利害關係人，當非行政事件訴訟法第 34 條所規範之對象，而無由使其得提起第三人再審之訴<sup>232</sup>。

## （二）民事訴訟法之參加類型

行政事件訴訟法對於民事訴訟法所規定之各種參加類型，並未設有準用之規定，是於行政訴訟程序上民事訴訟之參加類型是否被承認？若被承認，其承認之範圍究竟有多大？乃成為值得討論之問題。行政事件訴訟法第 7 條規定：「關於行政事件訴訟，本法未規定之事項，援用民事訴訟之例。」<sup>233</sup>由該條規定之趣旨來看，因行政事件訴訟法有第 18 條、第 22 條、第 23 條之關於訴訟參加的規定存在，似乎排除了於行政訴訟上準用民事訴訟法之參加類型的空間。惟亦有見解認為，行政訴訟固規定其本身特有之參加型態，但只要符合民事訴訟法上之訴訟參加的要件，即使於行政訴訟上亦無否定民事訴訟法之參加類型的理由。關於該問題的爭論，因民事訴訟法之參加類型的性質彼此間不盡相同，且僅限於其性質上與行政訴訟不相違背的範圍內，始得被準用，是一般認為應對於各該訴訟類型分別討論，始為恰當。

首先，第三人訴訟參加與民事訴訟法上之訴訟參加的關係為何，前面已有所論及。依據行政事件訴訟法第 22 條而為訴訟參加之人，於該前述之第三人效力行政處分之相對人乃為其典型，因其乃直接受到撤銷判決效力所及之人，是該參加人被賦予準用必要共同訴訟之共同訴訟人之地位（行政事件訴訟法第 22 條第

<sup>232</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 432-433（新山一雄執筆）。

<sup>233</sup> 一般認為所謂的「援用民事訴訟之例」，應解釋為，若行政訴訟程序本質上即與該民事訴訟程序性質不同，則該相關之民事訴訟的規定，即不在適用之列；僅限於其性質不相違背之相關民事訴訟的規定，始得被準用。參見：南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 574（松沢智執筆）。

4 項)。可是，該第三人究竟非當事人，而僅是居於參加人之地位。準此，通說認為，第三人之訴訟參加不但為法律上輔助參加形式之一，且應解為類似於民事訴訟法上的「共同訴訟輔助參加」<sup>234</sup>。判例亦採同樣之見解<sup>235</sup>。既然行政訴訟法上已有類似「共同訴訟輔助參加」的規定，民事訴訟法上的「共同訴訟輔助參加」不再重複準用，乃當然之理。

此外，行政事件訴訟法除了上述的第三人之訴訟參加類似於「共同訴訟輔助參加」以外，於該程序上並無類似於民事訴訟法上輔助參加、獨立當事人參加與共同訴訟參加之相關規定。是以，該參加類型是否於行政訴訟程序被承認？若被承認，其承認之範圍究竟有多大？仍未被清楚釐清。本文以下，將嘗試該等問題點來一一討論。



## 1、輔助參加

所謂的輔助參加，乃「對於訴訟之結果有利害關係的第三人」（民事訴訟法第 42 條），為維護自己之利益，輔助當事人一造以實施訴訟之參加型態。惟此處所謂的「利害關係」，依據向來通說之見解，乃指參加人之權利義務或其他法律上之地位，以訴訟標的權利義務之存否為前提而被判斷的關係。利害關係之範圍於該見解下甚為狹隘。惟近來之學說與實務皆採取從寬承認輔助參加之利益的立場，對於判決理由之判斷乃至於主要爭點有利害關係時，即承認第三人得為輔助參加<sup>236</sup>。

<sup>234</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 574（松沢智執筆）。高木光/常岡孝好/橋本博之/櫻井敬子，条文から学ぶ—行政救済法，有斐閣，2006 年，頁 248（櫻井敬子執筆）。宮田三郎，行政訴訟法，信山社，2007 年，頁 47。

<sup>235</sup> 大阪高判，昭和 37 年 7 月 5 日，行集，13 卷 7 號，頁 1225；最一小判，昭和 40 年 6 月 24 日，民集 19 卷 4 號，頁 1001。

<sup>236</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、国家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 208。

再者於撤銷訴訟上，是否承認輔助參加？於行政事件訴訟特例法下，行政機關得否適用民事訴訟法之輔助參加的規定，即有所爭論。在對於農地買收計畫之撤銷訴訟上，為同意受讓之第三人即被告而輔助參加，該參加被法院所認許<sup>237</sup>；惟在對於運行國家機關所委任事務之行政機關，所提起之撤銷訴訟上，國家以第三人之身分來輔助參加，卻不被法院所認許<sup>238</sup>。為因應對於該下級法院見解之衝突，最高法院在關於選舉關係之訴訟上，承認了選舉人對於被告選舉管理委員會為輔助參加<sup>239</sup>，而採取肯定之見解。從該事件之後，實務上對該問題即一致地採取肯定說而沒有爭議。

但是，即使現在已為行政事件訴訟法之時代，關於輔助參加得否被允許的問題，卻還是有學者採取消極的看法。學者高林克己即基於下列三個理由，而採取否定見解：首先，只要把輔助參加解釋為共同訴訟輔助參加，對照於行政事件訴訟法第 22 條，對於法院沒有參與且承認參加人具有獨立地位的輔助參加，似乎沒有被承認之餘地。詳言之，於輔助參加之場合，當事人對於參加只要沒有異議，法院對於是否准予其參加無須裁判，參加人即當然能從事訴訟行為。是該法院全然沒有參與，而參加人之獨立的地位之參加類型，似與行政事件訴訟法第 22 條相違。其次，若承認行政訴訟上之輔助參加，該輔助參加，究竟應定性為共同訴訟之輔助參加，亦或是單純的輔助參加，往往因法院見解之差異，而被不同地處理，難以確保訴訟程序之統一性。最後，行政訴訟上之輔助參加，即使被視為單純的輔助參加，一旦考察行政事件訴訟法對於共同訴訟之合併請求，相較於通常民事訴訟異常嚴格的趣旨（行政事件訴訟法第 16 條乃至於第 20 條）。因關於訴訟參加，已有像第 22 條與第 23 條之特別規定，基於上述旨趣，即使行政訴訟不承認單純的輔助參加，亦有其道理<sup>240</sup>。對於該否定說之說理，通說則認為，只要

<sup>237</sup> 名古屋高判，昭和 27 年 9 月 6 日，裁判例要旨集（行政爭訴訟法 3），頁 583。

<sup>238</sup> 福岡高判，昭和 26 年 12 月 28 日，裁判例要旨集（行政爭訴訟法 3），頁 584。

<sup>239</sup> 最一小決，昭和 30 年 12 月 8 日，民集，9 卷 13 号，頁 1968。

<sup>240</sup> 高林克己，「訴訟參加」，收錄於『實務民訴講座（8）』，鈴木忠一/三ヶ月章監修，日本評論

符合輔助參加之要件，於行政訴訟上承認輔助參加，不僅訴訟程序上不會發生問題，理論上亦無任何妨害。所以，在承認輔助參加之前提下，第三人到底是從事第三人參加，亦或是從事輔助參加，應該解釋為委諸第三人之自由選擇。並且，參加人究竟是從事第三人參加亦或是輔助參加，不甚明確的時候，法院應該要行使其闡明權，弄清參加人之參加類型為何，其法院之職責所在<sup>241</sup>。

再者，得依據行政事件訴訟法第 22 條為第三人參加者，於選擇從事民事訴訟法上之輔助參加的場合，該輔助參加是否應被解為具有共同訴訟輔助參加之效力？乃有所爭議。實務與通說認為，將受到撤銷訴訟之判決的形成力所及之第三人，對於該撤銷訴訟依據民事訴訟法為輔助參加的場合，該參加之法律效果應解釋為「共同訴訟補助參加」。且因該參加之法律效果為「共同訴訟補助參加」，是在該第三人為該輔助參加後，應即不再具有依據第 22 條為第三人參加之利益<sup>242</sup>。

## 2、獨立當事人參加

所謂的獨立當事人參加，乃指對於訴訟中之一方或雙方之當事人，以獨立之當事人的身分為訴訟參加，而成為三方當事人鼎立的訴訟構造（民事訴訟法第 47 條）。

關於獨立當事人參加於撤銷訴訟中是否被承認，於行政事件訴訟特例法時代之判例大多採取較為消極的立場<sup>243</sup>。學者三ヶ月章亦認為，於獨立當事人參加中，所有的請求必須能行同種訴訟程序，惟在對於行政機關之關係乃適用行政訴訟，

---

社，1981 年，頁 202-203。

<sup>241</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 575（松沢智執筆）。

<sup>242</sup> 室井力編，基本法コンメンタール—行政救済法，日本評論社，1986 年，頁 278（金子正史執筆）。

<sup>243</sup> 最高裁，十年史，頁 183。



而在對於私人關係乃適用民事訴訟，若將二者適用同種訴訟程序，乃極為怪異之事。惟學說上採取較為積極之看法者，亦不乏其人。學者雄川一郎即認為，只要撤銷訴訟之要件具備，對於實體法上法律關係於三者相互間有所爭執，從統一且合理地解決該紛爭之目的來看，應該承認獨立當事人參加來作為行政事件訴訟上固有之參加型態<sup>244</sup>。此外，學者田中二郎亦認為，如果是採取如下之思考方式，亦即在對於被告行政機關之關係上，乃為請求撤銷該處分之抗告訴訟；在對於原告之關係上，則為請求撤銷該處分之相關聯的請求，則獨立當事人參加中，所有請求必須能行同種訴訟程序之要求，理論上即非完全無法達成<sup>245</sup>。此外，即使觀察下級審的裁判例，宇都宮地方法院於昭和 24 年 11 月 24 日的判決即宣示，如果滿足行政事件訴訟特例法第 6 條、民事訴訟法第 71 條之要件，獨立當事人參加即應被容許。且即使是採取消極立場的下級審<sup>246</sup>，其理由不是其非相關聯之請求而不承認之，就是其訴訟之目的並非為自己之權利，始於結論上採取否定見解。反面推論，若符合獨立當事人參加之要件，似有被承認之空間<sup>247</sup>。

至於現行之行政事件訴訟法上，似乎未有見解來否定獨立當事人參加於撤銷訴訟之容許性。蓋於同一訴訟程序，若充足獨立當事人參加之要件，其被消極地解釋之理由並不存在。換言之，在同一訴訟程序上，若充足獨立當事人參加之要件，而於三者相互間之實體法上之關係有統一解決之必要時，縱使承認獨立當事人參加，亦無任何不妥之處<sup>248</sup>。

### 3、共同訴訟參加

<sup>244</sup> 雄川一郎，行政爭訟法，有斐閣，1957 年，頁 182。

<sup>245</sup> 田中一郎，逐條研究，頁 315。

<sup>246</sup> 福岡地判，昭和 25 年 8 月 29 日，行集，1 卷 9 號，頁 1258 等裁判例。

<sup>247</sup> 南博方編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 577（松沢智執筆）。

<sup>248</sup> 室井力編，基本法コンメンタール—行政救済法，日本評論社，1986 年，頁 279（金子正史執筆）。

所謂的共同訴訟參加，乃指於訴訟繫屬中，第三人以原告或被告之共同訴訟人之身分，於訴訟參加後而成為必要共同訴訟之訴訟參加的型態（民事訴訟法第 52 條）。受到撤銷判決之效力影響之第三人，不提起別訴，而於該撤銷訴訟合併自己的請求之共同訴訟參加，是否被承認，並非無任何疑義。於行政事件訴訟特例法時代，對於縣選舉管理委員會所作訴願裁決，選舉人於町選舉管理委員會對之提起的撤銷訴訟中，其共同訴訟參加之請求被允許的事例觀之，私人對於撤銷訴訟之原告方以共同訴訟人之身分來參加的裁判例是存在的。可是，私人對於被告方來共同訴訟參加去不被允許<sup>249</sup>。此外，於學說上，學者雄川一郎即認為，若第三人具有當事人適格，且符合出訴期間、訴願前置等特別之訴訟要件，即使積極地承認共同訴訟參加，亦無不可<sup>250</sup>。

於行政事件訴訟法之下，學者高林克己即採取否定的見解，其認為依據該法第 22 條的參加人乃取得與共同訴訟參加人相同之訴訟上地位，且於打算從事共同訴訟參加的場合，一般來說也能夠該當於該法第 22 條之參加型態。是屬於行政事件訴訟法第 22 條第三人參加以外之民事訴訟法獨立當事人參加，似無被承認之必要性<sup>251</sup>。相對於該否定之看法，多數學者採取較為正面、積極的看法，其認為第三人之請求與本案請求有所關聯，若其有提起別訴之可能性而不提起，而欲於訴訟繫屬中合併自己之請求，只要該第三人具有當事人適格、充足起訴期間、審查請求之前置之特別要件的話，在如此嚴格的要件限定下，似無否定共同訴訟參加之理由<sup>252</sup>。

### （三）小結

<sup>249</sup> 山行地判，昭和 29 年 10 月 1 日，行集，5 卷 10 号，頁 2378。

<sup>250</sup> 雄川一郎，行政爭訟法，有斐閣，1957 年，頁 181。

<sup>251</sup> 高林克己，「訴訟參加」，收錄於『實務民訴講座（8）』，鈴木忠一/三ヶ月章監修，日本評論社，1981 年，頁 203。

<sup>252</sup> 室井力編，基本法コンメンタール—行政救済法，日本評論社，1986 年，頁 279（金子正史執筆）。南博方編，条解行政事件訴訟法，弘文堂，1987 年，頁 578（松沢智執筆）。

如前所述，於撤銷訴訟上之訴訟參加之類型，除了現行之行政事件訴訟法所規定的第三人訴訟參加與行政機關訴訟參加外，民事訴訟法上之訴訟參加的類型，多數學者皆認為，其性質並無與行政訴訟相違背，僅要符合各該訴訟參加類型所設定之要件，民事訴訟法上之訴訟參加的類型即使於撤銷訴訟上亦得被準用。惟須特別注意的是，關於第三人參加之性質，因多數說認為乃類似於共同訴訟輔助參加，是民事訴訟法上共同訴訟輔助參加之規定，自不在準用範圍之內。準此，本文以下，將在此基礎上討論，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何？

首先，於資訊公開法制下，行政機關所作成之公開決定，不僅實現了處分相對人之資訊公開請求權，亦有可能對於處分相對人以外之第三人之隱私等權益有所侵害，是該公開決定當可定性為「第三人效力行政處分」。而當處分相對人以外之第三人對於該「第三人效力行政處分」所提起之撤銷訴訟，處分相對人所應適用之參加類型究何所指？如前所述，因處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決的形成力所及，進而該處分相對人因該處分所獲得之相關資訊之既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅，是資訊公開請求權人乃該當於「因訴訟之結果而權利受害的第三人」，該參加類型亦應定性為「第三人訴訟參加」。又資訊公開請求權人請求「第三人訴訟參加」而被法院准許時，為免訴訟程序之肥大化，作為原告之第三人若認為法院之裁定有所違誤，當得對該裁定提起即時抗告，以求其權利獲得實效性之保障。其次，民事訴訟法上之訴訟參加的類型即使於撤銷訴訟上亦得被準用，而在處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決的形成力所及，且該處分相對人因該處分所獲得之相關資訊之既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅之場合，亦該當於「對於訴訟之結果有利害關係的第三人」，而該參加類型亦得定性為民事訴訟上之「輔助參加」。準此，資訊公開請求權人於該撤銷訴訟上，除得適用「第三人參加」外，亦得適用民事訴訟上之「輔助參加」，惟究

竟要適用何種參加類型乃委諸於其自行決定。此外，要特別注意的是，若資訊公開請求權人選擇之類型為民事訴訟上之「輔助參加」，實質上亦發生「共同訴訟輔助參加」之效果，在此一併敘明。

## 貳、停止執行之訴訟參加

### 一、資訊公開請求權人參加之必要性

如前所述，第三人認為公開決定侵害到其權利，因而向法院提起撤銷訴訟請求撤銷該違法處分，此外，基於權利保護之實效性，亦得同時向法院聲請停止原處分之執行。若行政法院認為第三人之停止執行的聲請有理由時，則會作出停止執行之裁定，惟該停止執行裁定的效力究竟及於何人？日本行政事件訴訟法對此問題有所規範，該法第 32 條第 2 項規定關於停止執行決定準用撤銷判決之對世效的規範<sup>253</sup>。是以，若行政法院認為第三人之停止執行的聲請有理由時，則會作出停止執行裁定，且該停止執行裁定之效力因為具有對世效，將及於資訊公開請求權人，則其所得享有之資訊公開請求權將因該裁定無法適時地實現，而受到極大的限制。因此，在現行的停止執行制度下，如何給與資訊公開請求權人相當程度的保障，以衡平其與第三人之權利，乃成為待解決的課題。本文以下將先行介紹日本學者對於第三人參與停止執程序之相關論述，以尋求如何給與資訊公開請求權人相當程度保障的解決途徑。

### 二、資訊公開請求權人得否參加

<sup>253</sup> 日本行政事件訴訟法第 32 條：「撤銷處分或裁決之判決，對第三人亦有效力。前項規定，於停止執行之裁定或撤銷停止執行之裁定準用之。」

在日本之停止執行之審理程序中，依據行政事件訴訟法第 25 條第 6 項的規定<sup>254</sup>，能夠參與該程序來陳述其意見的人只有「當事人」，利害關係人並無法參與該審理程序。並且，在行政事件中，依據該國之行政事件訴訟法第 11 條之規定<sup>255</sup>，於撤銷訴訟的場合，僅該行政機關所屬之國家或公共團體始得為被告。是在涉及第三人效力行政處分而第三人對該處分起撤銷訴訟時，處分相對人自非當事人。準此，依據文義解釋，處分相對人於撤銷訴訟並非被告，於停止執行程序亦非相對人，而無該條項之「當事人」資格，自無在停止執行之審理程序中來陳述意見。惟在涉及到第三人效力行政處分之停止執行制度中，法院是否為停止原處分執行之裁定，對於處分相對人之關係異常重大，其有可能因法院之停止原處分執行裁定，而暫時地無法享受該處分之利益。是以，有學者主張，在解釋論上須類推適用行政事件訴訟法第 25 條第 6 項的規定，使處分相對人能在停止執行之審理程序中，準於聲請權人之相對人的地位來陳述意見，以保障其權益；至於在立法論上，則須明定因為停止執行決定而權利受到侵害的處分受益者，能夠參與停止執行之審理程序且能陳述其意見之制度，以求根本解決該問題<sup>256</sup>。若採此見解，則至少在解釋論上，資訊公開請求權人因類推適用行政事件訴訟法第 25 條第 6 項的規定，亦得參與停止執行之審理程序中來陳述意見，以保障其權益。惟最好能在立法論上修正行政事件訴訟法第 25 條第 6 項的規定，始不致因適用法律者之法律見解差異，而徒生爭議。

此外，在涉及第三人效力行政處分而第三人對該處分聲請停止執行時，在處分相對人因為不可歸責於自己事由，而不能參加停止執行之審理程序，以至於在該程序中提出能夠影響法官判斷之攻擊防禦方法時，處分相對人對於該停止執行

<sup>254</sup> 日本行政事件訴訟法第 25 條第 6 項：「第二項裁定，得不經言詞辯論，但應先詢問當事人之意見。」

<sup>255</sup> 日本行政事件訴訟法第 11 條第 1 項：「原處分或裁決機關為國家或公共團體所屬時，提起撤銷訴訟應依下列各款之訴訟類別，以各該款規定者為被告：一、撤銷處分訴訟 原處分機關之所屬國家或公共團體。二、撤銷裁決訴訟 原裁決機關之所屬國家或公共團體。」

<sup>256</sup> 阿部泰隆，行政救済の実効性，弘文堂，1985 年，頁 201-205。

裁定有何救濟手段可以使用？首先，在行政訴訟事件法第 34 條所規定的第三人再審之訴所適用之對象為判決<sup>257</sup>，該條規定並不能直接適用於停止執行裁定。是以，處分相對人於此等情形下並無法對該裁定提起第三人再審之訴。其次，關於行政訴訟事件法第 26 條所規定之停止執行裁定的撤銷，限於「理由消滅或其他情事變更的時候」始得為之<sup>258</sup>，而所謂未於停止執行之審理程序來陳述意見並非停止執行裁定之「後發的瑕疵」，是以，處分相對人於此等情形下並無法依該條規定請求法院撤銷該裁定。惟如前所述，在涉及到第三人之行政處分的停止執行制度中，法院是否為停止原處分執行之裁定，對於處分相對人之權利能否及時享有關係重大，是以，有學者認為上述行政訴訟事件法第 34 條之立法目的乃是在承認撤銷判決具有對世效之前提下，對於第三人因此所遭受之不測損害，給予適當之救濟途徑，而停止執行裁定亦有對世效，亦有相同之顧慮存在。所以，該法第 34 條有立法漏洞存在，在解釋論上，處分相對人應可類推適用行政訴訟事件法第 34 條所規定對該裁定提起第三人再審之訴；在立法論上，則應明文規定停止執行裁定得準用於該法第 34 條規定，以求徹底解決紛爭<sup>259</sup>。若採此見解，於解釋論上，資訊公開請求權人因不可歸責於自己事由，而未參與停止執行程序時，亦得類推適用行政訴訟事件法第 34 條所規定對該裁定提起第三人再審之訴；在立法論上，則應於該法第 34 條規定，停止執行之裁定得準用之，以避免法律適用的混淆而徒生爭議。

## 參、禁止訴訟之訴訟參加

### 一、資訊公開請求權人參加之必要性

<sup>257</sup> 日本行政事件訴訟法第 34 條第 1 項：「因撤銷處分或裁決之判決，權利受損害之第三人，分可歸責於自己之事由，未能參加訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法者，得以此為理由，對於確定終局判決聲請再審。」

<sup>258</sup> 日本行政事件訴訟法第 26 條第 1 項：「停止執行之裁定確定後，其理由消滅，或其他情事變更時，法院得依相對人之聲請，以裁定撤銷停止執行之裁定。」

<sup>259</sup> 阿部泰隆，行政救濟の実効性，弘文堂，1985 年，頁 201-205。

法院於禁止訴訟，命行政機關不得作出處分或裁決的判決後，行政機關因該判決即負有不得作出系爭處分或裁決之義務（行政事件訴訟法第 38 條第 1 項準用第 33 條）<sup>260</sup>。因此，禁止判決一旦作成，行政機關即不允許作出該處分或裁決。是以，因該公開決定不允許被作成而受到不利益之資訊公開請求權人，如果要從事不要讓原告獲得勝訴之主張或立證，參與禁止訴訟程序乃有其必要性<sup>261</sup>。

此外，對於非公開決定相對人之第三人對於行政機關所提起之禁止訴訟，原告若獲得勝訴，法院將作出命行政機關不得作出該行政處分之判決，且該判決準用撤銷判決之拘束力的規定（行政事件訴訟法第 38 條準用第 33 條），行政機關因該判決之作成即負有不得作出該處分之義務。惟關於撤銷判決之對世效的規定，卻不被禁止判決所準用（行政事件訴訟法第 38 條並不準用第 32 條），以致於即使第三人對於禁止訴訟獲得勝訴，亦無拘束資訊公開請求權人之效力。是資訊公開請求權人得於事後，重新向行政機關提起課予義務訴訟，而法院對該訴訟一再付出勞力時間與費用而對該課予義務訴訟為審理。如此對於同一個紛爭，卻須花費雙重之勞費，實不符合 2004 年行政事件訴訟法修正之本旨<sup>262</sup>。

準此，於該情形，應使資訊公開請求權人參與禁止訴訟程序之進行，並配合訴訟參加之效力，而使禁止判決之效力及於之，致資訊公開請求權人不得於事後，重新向行政機關提起課予義務訴訟，浪費法院及當事人之勞力時間與費用

<sup>260</sup> 惟其理論根據，究竟為禁止判決之既判力，抑或是其拘束力之作用，學說上有爭議。一般認為，如果肯認既判力具有實體法之效力的話，則用既判力即有其可能性；惟如不承認既判力之實體法的效力，擇行政機關須依從該判決之義務，僅能用判決主文之拘束力來說明之。對於上述二說，多數說採取拘束力之見解。參見：南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，平成 18 年，頁 642（山崎崇一郎執筆）；室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 417。

<sup>261</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 195。

<sup>262</sup> 日本弁護士連合会，行政訴訟センター，實務解説 行政事件訴訟法一改正行訴法使いなす，青林書院，2005 年，頁 232-233。

<sup>263</sup>。甚至，有論者認為，於訴訟參加時，資訊公開請求權人得於禁止訴訟之訴訟程序上合併提起課予義務訴訟，而形成三面訴訟之型態；且於此場合，雖然第 37 之 3 條的規定，課予義務訴訟與不作為違法確認之訴須合併提起，且於無法認定不作為違法時，並不能做出課予義務之判決。惟此時毋庸按此解釋，亦即，資訊公開請求權人於提起課予義務訴訟時，不必合併提起不作為違法確認之訴<sup>264</sup>。

是使資訊公開請求權人參與禁止訴訟程序之進行，以保護其權利並防止裁判矛盾乃必然之趨勢。惟其參與之型態為何？如何之參加類型得容許資訊公開請求權人得於禁止訴訟之訴訟程序上合併提起課予義務訴訟，而形成三面訴訟之型態？都是值得討論之問題。此外，使資訊公開請求權人參與禁止訴訟程序之進行，亦須配合訴訟參加之效力，始得達到防止裁判矛盾之目標，惟參加效力之根據為何？尤其在第三人參加之場合，並未對參加效力為明文，此時應如何解釋？亦是待解決之問題。本文以下將論述禁止訴訟之場合，資訊公開請求權人之訴訟參加類型及其參加效力，以期對於該問題得以釐清。

## 二、資訊公開請求權人之參加類型與效力

學者一般在論述，於禁止訴訟程序上訴訟參加類型之時，皆會論述到輔助參加（行政事件訴訟法第 7 條準用民事訴訟法第 42 條）與第三人訴訟參加（行政事件訴訟法第 38 條準用同法第 22 條）。詳言之，有兩種人得同時該當於輔助參加之「因訴訟之結果有利害關係之第三人」，與第三人訴訟參加之「因訴訟之結果而有權利受害之第三人」。其一，乃禁止訴訟之標的即系爭處分或裁決被作成

<sup>263</sup> 室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、国家賠償法，日本評論社，2007 年，頁 417。

<sup>264</sup> 日本弁護士連合会，行政訴訟センター，実務解説 行政事件訴訟法—改正行訴法使いなす，青林書院，2005 年，頁 232-233。



的場合，具有對該處分提起撤銷訴訟之原告適格之人；其二，為於禁止訴訟之標的即系爭處分或裁決，被行政機關作成，於權利因此而受侵害之人對於其提起撤銷訴訟之場合，具有輔助參加被告之利益的人<sup>265</sup>。準此，如前所述，資訊公開請求權人於第三人對於公開決定提起撤銷訴訟的場合，乃具有輔助參加被告之利益，是資訊公開請求權人於第三人對於公開決定提起禁止訴訟時，得對於作為被告之行政機關所屬國家或公共團體為輔助參加與第三人訴訟參加。惟須特別注意的是，該等見解乃立足於，第三人因判決之拘束力受害，亦該當於第三人訴訟參加之「因訴訟之結果而有權利受害之第三人」的前提。若採取本文之見解，而認為僅因判決之形成力而受害之第三人，始得為第三人參加，則資訊公開請求權人於此情形僅得為輔助參加。

此外，因資訊公開請求權人於參加禁止訴訟時，不但具有消極地輔助被告，以防止原告獲得勝訴之利益，亦具有積極的請求被告應作成公開決定之需求，是本文認為資訊公開請求權人似尚得依當事人獨立參加之規定參與訴訟，以使第三人請求不該公開之消極的防禦權，與資訊公開請求權人請求行政機關公開之請求權得於同一個程序來一併解決。


再者，關於參加效力之規定。於資訊公開請求權人為輔助參加之場合，民事訴訟法第 46 條規定：「以下情形除外，輔助參加系爭訴訟之裁判，對於輔助參加人亦有效力...」可知，資訊公開請求權人受參加效力所及，並無疑問。至於，資訊公開請求權人為當事人獨立參加時，因其此時乃以當事人的身分參與訴訟，其自受判決之既判力所及，亦無問題。較有問題的是，資訊公開請求權人為第三人參加之情形。因行政事件訴訟法第 22 條並未對應民事訴訟法第 46 規定，亦無準用同條之規定，在撤銷訴訟，由於肯認撤銷判決之第三人效力，故行政事件訴訟

<sup>265</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 642（山崎榮一郎執筆）；小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 195-196。

法第 22 條之規定並未產生特別的問題。然在禁止訴訟中，禁止判決不承認第三人效力，因而對於參加人效力之有無，於是乎成了問題之所在。有學者認為，基於當事人與參加人間程序地位之公平，應依行政事件訴訟法第 7 條準用民事訴訟法第 46 條規定，而使禁止判決對於參加人亦有參加效力<sup>266</sup>。若此採此見解，資訊公開請求權人為第三人訴訟參加時，該禁止判決對其亦有參加效力。惟會發生如此問題之原因，乃不當地承認第三人訴訟參加之類型所致，若一開始即不承認於禁止訴訟上有所謂的第三人訴訟參加，當不會有此困擾。此亦反映出行政事件訴訟法第 38 條準用同法第 22 條之不當。

## 肆、暫時性禁止之訴訟參加

### 一、資訊公開請求權人參加之必要性



若第三人對於行政機關之公開決定提起禁止訴訟，同時亦聲請暫時性禁止。因行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 4 項準用同法第 33 條第 1 項，是暫時性禁止之裁定具有拘束力。依據該裁定，行政機關負有不得作成該特定處分或裁決之義務。資訊公開請求權人之權利即可能因該裁定而暫時性無法實現。準此，似有必要使資訊公開請求權人參與該程序，以確保其程序之正當性。此外，暫時性禁止之裁定並無準用同法第 32 條第 1 項之對世效的規定，是於法院作成暫時性禁止之裁定後，資訊公開請求權人尚得提起課予義務訴訟，同時亦得聲請暫時性課予<sup>267</sup>。因此，於此場合，為統一解決紛爭，使資訊公開請求權人參與程序並使裁定之效力對其有所拘束，乃有其必要性<sup>268</sup>。

<sup>266</sup> 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004 年，頁 182-183、195。

<sup>267</sup> 「暫時性課予」乃課予義務訴訟之暫時權利保護制度。

<sup>268</sup> 南博方/高橋滋編，條解行政事件訴訟法，弘文堂，2006 年，頁 649（永古典雄執筆）。

## 二、資訊公開請求權人得否參加

資訊公開請求權人是否准許參加暫時性禁止程序？因行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 4 項規定：「第 25 條第 5 項至第 8 項、第 26 條至第 28 條及 33 條第 1 項之規定，關於暫時性課予義務與暫時性禁止之事項，準用之。」而同法第 25 條第 6 項規定：「第 2 項裁定，得不經言詞辯論，但應先詢問當事人之意見。」由此觀之，資訊公開請求權人因非預防性禁止程序之「當事人」，似無法於暫時性禁止程序中表示其意見，而存有與停止執行之程序相同之缺失。本文認為基於保障資訊公開請求權人之聽審權，其應得類推適用行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 4 項規定準用第 25 條第 6 項之規定，使其得參與該程序，以陳述己見。且若因不可歸責於資訊公開請求權人之事由，法院於未詢問其意見的情況下即作出裁定且確定時，資訊公開請求權人亦應得類推行政事件訴訟法第 34 條第三人再審之訴的規定，對於該確定裁定聲請再審。



## 伍、小結

當公開決定侵害到第三人之權利時，於第三人提起救濟之過程中，因對資訊公開請求權人影響重大，應使其參與該程序之進行，始為妥當。惟資訊公開請求權人於現行法有無依據以支持其得參與該程序？且若於其得參與之前提下，其參加類型究何所屬？日本法上似已經做相當程度之討論。特別是其對於第三人訴訟參加與輔助參加要件所為之詮釋，以及第三人訴訟參加與輔助參加之關係究竟為何，皆作了相當細緻的討論。此外，於暫時權利程序上，作為處分相對人之資訊公開請求權人得否於事前陳述意見，以及因不可歸責於自己事由而未於事前陳述意見時，得否於事後適用第三人再審之訴來救濟，亦有相當程度之討論，此皆值得我國法來借鏡。

### 第三節 我國法上之運用

#### 壹、撤銷訴訟之訴訟參加

首先，當第三人對於公開決定提起撤銷訴訟的場合，作為被告者乃為國家或地方自治團體所屬之行政機關，請求公關係爭資訊者對於該訴訟僅居於第三人的地位。可是，因系爭訴訟之結果對於資訊公開請求權人有重大之影響，為維護其自身之資訊公開請求權，勢須適用訴訟參加制度來參與該程序。惟此時同樣地會遇到相同的問題，即資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何？我國行政訴訟法第 41 條以下對於訴訟參加有所規範，並且將訴訟參加類型區分為：第 41 條之必要參加、第 42 條之獨立參加與第 44 條之輔助參加。必要參加人之地位，依該法第 46 條乃準用同法第 39 條必要共同訴訟之規定；而獨立參加人之地位，依該法第 42 條準用同法第 39 條第 2 項之規定，並得提出獨立之攻擊防禦方法。至於輔助參加人之地位，依該法第 48 條準用民事訴訟法第 61 條之規定，雖得按照參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為，為其行為不得與該當事人之行為牴觸。是以，資訊公開請求權人所應適用之參加類型為何，關係到其於程序中權限之大小，進而影響到其資訊公開請求權得否於程序中被適切地考量，該問題自有其實益。因國內學界對於各該參加類型應如何加以解釋，見解未見一致。本文以下將簡略地介紹其對於參加類型之相關討論，進而提出本文淺見，以求對於資訊公開請求權人所應適用之參加類型究竟為何，有釐清之作用。

#### 一、必要參加

依行政訴訟法第 41 條之規定，訴訟標的對於第三人及當事人一造必須合一

確定者，行政法院應以裁定命該第三人參加訴訟。此種訴訟型態，稱之為必要參加。必要參加之目的，依立法理由之說明，乃因行政訴訟攸關公益，如訴訟標的對於第三人及當事人之一造必須合一確定者，有強制該第三人參加訴訟之必要，俾符合訴訟經濟之原則，並避免對於同一訴訟標的之判決結果分歧。惟學者對於該條規定之內涵有不同之見解，茲分述如下<sup>269</sup>：

### （一）第 41 條乃固有必要共同訴訟人一同起訴、被訴要求之緩和

該法之必要參加乃固有必要共同訴訟一同起訴、被訴要求之緩和，亦即本應全部一同起訴或被訴，但卻有部分人未一同起訴或被訴時，法院應裁定命第三人參加，使其成為當事人，以補正當事人不適格之缺陷。例如，對於數人共有之土地為徵收處分，若僅其中之一共有人對於該處分提起撤銷訴訟，法院即應以裁定命他共有人參加訴訟，使原告之當事人得以適格。故行政訴訟法第 41 條所謂訴訟標的對於第三人及當事人一造必須合一確定者，應僅限於固有必要共同訴訟之情形，而不及於類似必要共同訴訟<sup>270</sup>。

### （二）第 41 條乃類似於德國行政法院法第 65 條第 2 項之必要參加

該法之必要參加，即類似於德國行政法院法第 65 條第 2 項之必要參加，是第 41 條之「合一確定」，應如同德國行政法院法第 65 條第 2 項解釋為「合一裁判」。所謂的「合一裁判」，係指法院依原告之請求做出有效之實體裁判，將同時、直接、必然地，形成、證明、確定、變更或廢止參加人權利之情形，換言之，若

<sup>269</sup> 以下二說之分類乃參考自：謝杞森，「行政訴訟法的共同訴訟與訴訟參加-以公平交易法的聯合行為為例」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第 4 輯』，司法院，2005 年 12 月，頁 334-337。

<sup>270</sup> 陳計男，行政訴訟法修正草案關於訴訟參加之評釋，法令月刊，第 49 卷第 4 期，1998 年 4 月，頁 11-12。

不涉及參加人之權利即無法作出原告請求之判決。是於涉及第三人效力行政處分場合，第三人對該處分提起撤銷訴訟，而處分相對人之既得權益將因該撤銷判決而被剝奪，處分相對人所應適用之參加類型即應為該條之必要參加<sup>271</sup>。

尚且，本說亦對前說提出質疑，而認為第 41 條應非為治癒固有必要共同訴訟主體欠缺而設。首先，參加人係為獨立防衛自己之權利而參加訴訟，雖屬實質意義之當事人，惟行政法院命第三人參加訴訟，該第三人所取得者，為參加人之地位，依行政訴訟法第 23 條之規定，其固然為廣義之當事人，然而參加人畢竟並非原、被告，不具有處分標的之權能，亦不能受法院之判決，因此，行政訴訟主體欠缺之瑕疵，是否真能由行政法院依行政訴訟法第 41 條規定命其參加而治癒，尚有商榷餘地。其次，固有必要共同訴訟之原告之一人不願提起訴訟，行政法院依行政訴訟法第 41 條規定命其參加代之，是否與在行政訴訟法上具有支配地位之處分權主義相容，也有進一步探討空間<sup>272</sup>。

### (三) 本文見解

對於上述二說，本文認為以前說為可採。蓋行政訴訟法第 41 條之必要參加與德國行政法院法第 65 條第 2 項之必要參加，於要件上並不相同。蓋依該條之立法理由說明，乃強調行政訴訟攸關公益，如訴訟標的對於第三人及當事人之一造必須合一確定者，有強制該第三人參加訴訟之必要，以避免對於同一訴訟標的之判決結果分歧。換言之，因訴訟標的對於第三人及當事人之一造必須合一確定，若第三人參與訴訟而成為當事人時，其判決之結果須同勝同敗，以避免裁判

<sup>271</sup> 劉建宏，訴訟參加制度在我國行政法院實務上之適用，月旦法學雜誌，第 103 期，2003 年 12 月，頁 226-227。

<sup>272</sup> 劉建宏，訴訟參加制度在我國行政法院實務上之適用，月旦法學雜誌，第 103 期，2003 年 12 月，頁 223。

矛盾。惟德國行政法院法第 65 條第 2 項之必要參加，其要件則規定為：「判決對於涉及系爭法律關係之第三人亦須合一確定者，法院應命其參加訴訟。」其中所謂判決對第三人須合一確定，乃指因法律上之理由，判決之作成必然直接對第三人之權力發生確認、形成、變更或廢止之效力，故對第三人與原被告須為一致之判決<sup>273</sup>。可知，兩者之要件，全然不同。是有論者認為：「草案必要共同訴訟之獨立參加（即本文所稱之必要參加）與德國必要訴訟參加不同。後者係以訴訟標的，其裁判對於第三人必須合一確定為要件，而前者則以訴訟標的對於當事人之一造為合一確定為要件。」<sup>274</sup>本文認為，與其認為該法第 41 條乃類似於德國行政法院法第 65 條第 2 項之必要參加，倒不如認為該法第 42 條更類似於德國之必要參加。

至於，後說對於參加人並非當事人，因而無法補正當事人適格瑕疵之質疑。本文認為，於民事訴訟法上之共同訴訟參加的型態，第三人於形式上雖然以訴訟參加之方式來參與訴訟，然於參與訴訟後，第三人即得轉變為當事人之身分來遂行其訴訟實施權。是以，由於民事訴訟上，由訴訟參加之方式而成為當事人的情形，既然有其可能。除非該種情形與行政訴訟之本質不符，否則於行政訴訟亦有其可能。而且，原告、被告與參加人乃純粹之法律用語，若必要參加人實際上已獲得訴訟法上與原告、被告相同之獨立地位，並與原告或被告事實上共同行使訴訟權，且如同原告、被告般受判決之拘束，即應認為其係同於原告、被告之訴訟主體<sup>275</sup>。

<sup>273</sup> 李庭熙，論附第三人效力之行政處分，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，79 年，頁 162。

<sup>274</sup> 陳計男，行政訴訟法修正草案關於訴訟參加之評釋，法令月刊，第 49 卷第 4 期，1998 年 4 月，頁 11。

<sup>275</sup> 張文郁，行政訴訟之訴訟參加與民事訴訟之訴訟參加的比較—對台北高等行政法院九十年第三次庭長、法官聯席會議決議之法律問題之評釋，公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照，2004 年，頁 602-603。

再者，命訴外人參加訴訟而加入為當事人，是否與在行政訴訟法上具有支配地位之處分權主義相容？本文認為，依據處分權主義而賦與原告得自由地決定是否對於紛爭提起訴訟之權利。惟人民縱使擁有該自由權，該權限亦非絕對權，而不容任何之限制。若於具有公益目的及符合比例原則之場合，立法者非不得對於該權利加以限制。是以，在立法政策上，法律對於處分權主義因公益之考量而加以限縮，是有其可能的。我國新修正之民事訴訟法第 56 條之 1 規定：「訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴，如其中一人或數人拒絕同為原告而無正當理由者，法院得依原告聲請，以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告。逾期未追加者，視為已一同起訴。法院為前項裁定前，應使該未起訴之人有陳述意見之機會。第一項未共同起訴之人所在不明，經原告聲請命為追加，法院認其聲請為正當者，得以裁定將該未起訴之人列為原告。但該原告於第一次言詞辯論期日前陳明拒絕為原告之理由，經法院認為正當者，得撤銷原裁定。第一項及前項裁定，得為抗告。第一項及第三項情形，如訴訟費用應由原告負擔者，法院得酌量情形，命僅由原起訴之原告負擔。」亦得證明，處分權主義並非不得加以限制。

## 二、獨立參加

行政訴訟法第 42 條規定：「行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將有受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，並得因該第三人之聲請，裁定准許其參加。前項參加，準用第 39 條第 3 款之規定。參加人並得提出獨立之攻擊或防禦方法。前二項規定，於其他訴訟準用之。訴願人已向高等行政法院提起撤銷訴訟，利害關係人就同一事件再行起訴者，視為第一項之參加。」此種參加稱之為獨立參加。就該條之文義觀之，看似簡單。惟對於該條究竟是適用於何種情形，學者間之見解眾說紛云，茲分述如下：



## （一）類似於日本法上之第三人訴訟參加

本說認為，行政訴訟法第 42 條規定為，須第三人之權利或法律上利益，將因撤銷訴訟之結果受有損害。此與行政訴訟法第 44 條第 2 項之輔助參加不同。後者係以就兩造間之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助當事人一造而參加；前者則須第三人之權利或法律上之利益，因撤銷訴訟結果將受損害，而獨立參加該訴訟。故獨立參加訴訟之目的，不在輔助當事人之一造訴訟，而係在保護自己之權利或法律上利益免受損害，自得為自己有所聲明或主張，並得獨立提出攻擊或防禦方法而不受當事人訴訟行為之限制（行政訴訟法第 42 條第 3 項）。

至於所謂的「因撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害」，係指因受撤銷判決之形成力，當事人以外之第三人，因該判決主文，其權利或法律上利益直接受有損害者而言。亦即，在撤銷訴訟中，該條文通常是用在原告為人民而對於行政機關作成之行政處分不服，而以該行政機關為被告，若法院撤銷行政機關之行政處分，則對於第三人的權利或法律上利益將受損害，故該第三人聲請參加。此外，依該判決之結果，關係機關受該判決拘束之結果，該行政機關基於該判決所為之行為而受侵害之第三人，亦屬此之第三人而得獨立參加<sup>276</sup>。

本說之見解雖未明言該條乃類似於日本法上第三人訴訟參加，惟其與本文前述之日本法上第三人訴訟參加的相關論述如出一轍。

## （二）類似於德國法上普通參加

<sup>276</sup> 陳計男，行政訴訟法修正草案關於訴訟參加之評釋，法令月刊，第 49 卷第 4 期，1998 年 4 月，頁 13。

本說認為，第三人如就行政法院之裁判，具有值得保護的利益，即得參加訴訟，例如原告或被告知敗訴結果，可改善或更不利於該第三人的法律狀態（法律地位），包括其本案判決在第三人未被告知參加訴訟時，雖不受判決拘束，但其法律地位實際上已受影響（例如成為判決先例）的情形，即屬此一訴訟參加類型之第三人。至於其受損之法律地位，是涉及公法上或私法上之法律地位，在所不問。因此，如其判決將可能影響民法上請求權（例如補償義務），或可能有利或不利於民法上請求權的實現，均屬之。至於，如僅涉及理念上的、社會上的，或經濟上的利益，則並非法律上利益，自不屬此處之法律上利益<sup>277</sup>。

本說之論述，頗類似於輔助參加，但因第 42 條第 3 項之規定，其又認為參加人得獨立提出攻擊或防禦之方法，以維護其權益，又與輔助參加有不同。惟該論述與國內論者在介紹德國普通參加之精神，極其相似。

### （三）類似於民事訴訟法第 54 條之主參加訴訟

本說認為，行政訴訟法第 42 條獨立參加之性質某程度上應與民事訴訟法第 54 條之主參加訴訟類似而異於民事訴訟法第 62 條之獨立參加。蓋民事訴訟之主參加訴訟之實體要件為主參加訴訟人對一訴訟之訴訟標的全部或一部，為自己有所請求，或主張因第一訴訟之結果，自己之權利將被侵害。此和行政訴訟法第 42 條規定獨立參加之要件，行政訴訟（相當於第一訴訟）之結果，第三人（獨

<sup>277</sup> 陳清秀，行政訴訟法，1999 年，頁 274-275。劉建宏，課與義務訴訟與訴訟參加，法學講座，第 4 期，200 年 4 月，頁 110-115。若將獨立參加若如此解釋，則行政訴訟法第 44 條之輔助參加即似無獨立地被適用之空間？亦採此說之學者劉建宏即認為，行政訴訟法第 44 條之輔助參加的要件過於寬鬆，而應僅保留行政機關之參加，而刪除利害關係人之參加。若依循該思維，則此疑問即可被解除。參見：劉建宏，我國行政訴訟法上訴訟參加制度類型之檢討—論行政訴訟法第四十四條第二項「利害關係人輔助參加」制度之妥當性，月旦法學雜誌，第 84 期，2002 年 5 月，頁 142。

立參加人)之權利或法律上利益將受侵害，幾乎相同。由於行政訴訟法並無主參加訴訟之規定，亦未準用民事訴訟法之相關規定，因此，行政訴訟法之獨立參加應包括民事訴訟法主參加訴訟之功能，特別是行政訴訟法第 42 條第 4 項規定，利害關係人就同一事件再行起訴者（相當於主參加訴訟之第二訴訟），視為獨立參加，至少就此部分，應可認為該條乃類似於民事訴訟法第 54 條之主參加訴訟<sup>278</sup>。

#### (四) 本文見解

本文認為第一說較為可採。蓋從法條文義觀之，日本行政事件訴訟法第 22 條第 1 項規定：「因訴訟之結果而有權利受害之第三人時，法院得依當事人或該第三人之聲請或依職權，以裁定命該第三人參加訴訟。」與我國行政訴訟法第 42 條第 1 項規定：「行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上將有受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，並得依該第三人之聲請，裁定准許其參加。」皆是因訴訟之結果而有權利受害之第三人，為保護該第三人之權利，使其得參與訴訟。兩者之文義極為相似。再者，因該法與德國法有所不同，德國並無輔助參加，惟我國則於第 44 條設有輔助參加之規定。德國之普通參加雖與輔助參加未盡相同，惟普通參加已得包含輔助參加所得適用之事例，故德國縱無輔助參加，亦無任何妨害，惟我國已有輔助參加之規定，若將該條解釋為類似於德國法上普通參加，則輔助參加將無其獨立之適用領域，而有所不當。最後，若將該條解釋為類似於民事訴訟法第 54 條之主參加訴訟，則於涉及到第三人效力行政處分，第三人對之提起撤銷訴訟時，處分相對人將無對其量身訂造之參

<sup>278</sup> 張文郁，行政訴訟之訴訟參加與民事訴訟之訴訟參加的比較—對台北高等行政法院九十年第三次庭長、法官聯席會議決議之法律問題之評釋，公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照，2004 年，頁 614。

加類型得以適用，而形成立法漏洞。此與，於日本法制處分相對人得適用第三人訴訟參加；於德國法制處分相對人應適用必要參加，等國際立法潮流相違。

### 三、輔助參加


行政訴訟法第 44 條規定：「行政法院認其他行政機關有輔助一造之必要者，得命其參加訴訟。前項行政機關或有利害關係之第三人亦得聲請參加。」該條規定准許行政機關或利害關係人為輔助當事人之一造獲得勝訴為目的而參加訴訟，與民事訴訟法第 58 條之規定類似，故得稱為行政訴訟法上之「輔助參加」。該條之輔助參加，就細究之，實際上尚得區分為「行政機關之輔助參加」與「利害關係人之輔助參加」，本文分述如下：

首先，就行政機關之輔助參加而言。該部分之規定，乃參考自日本行政事件訴訟法第 23 條之規定而來。如前所述，日本法上之機關參加，其意旨乃因該行政機關曾參與成為訴訟對象之處分做成的過程，是其加入系爭訴訟之主要目的則為幫助法院發現實體真實。既然我國該部分之規定乃移植至日本法上之機關參加，自應同其解釋。詳言之，為輔助參加之行政機關，須為被告以外且須為曾參與原處分做成的過程之機關，因其曾參與原處分做成的過程，是法院於判斷原處分之屬性與適法性時，其能有效提供適切之知識、經驗與資料，而有助於實體真實之發現。

其次，就利害關係人之輔助參加而言。此參加類型與民事訴訟法相類似，故學者間之見解對該類型應如何適用並無太大之爭議。其中較重要之要件，乃參加人就兩造之訴訟有法律上之利害關係。雖然條文上僅規定有「利害關係」即可，而未有法律上之限制，惟如第三人僅有事實上、經濟上或文化上之利害關係，而

無法律上利害關係，即准其參加訴訟，則由於得參加訴訟之第三人範圍過廣，反有害於訴訟之進行，是此之利害關係，應以法律上之利害關係為限。而所謂法律上利害關係，係指第三人法律上之地位，因當事人一造之敗訴，依該判決之內容，包過法院就訴訟標的之判斷及判決理由中對於某事實或法律關係存否之判斷，將直接或間接受不利益，若該當事人勝訴，則可免受不利益而言。由此可知，該輔助參加，僅須有法律上利害關係即可，不以其權利或法律上利益將因判決之結果直接地受有損害為必要。又因輔助參加人對於訴訟不若獨立參加人密切，是其權限並不如獨立參加人大，此乃自明之理。

#### 四、小結



如前所述，於資訊公開法制下，行政機關所作成之公開決定，不僅實現了處分相對人之資訊公開請求權，亦有可能對於處分相對人以外之第三人之隱私等權益有所侵害，是該公開決定當可定性為「第三人效力行政處分」。而當處分相對人以外之第三人對於該「第三人效力行政處分」所提起之撤銷訴訟，處分相對人所應適用之參加類型究何所指？因撤銷判決乃形成判決，是行政訴訟法第 215 條規定撤銷判決對於第三人亦有效力，而有所謂之形成力。準此，處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決的形成力所及。進而，若該公開決定遭法院撤銷，該處分相對人因該公開決定所獲得之相關資訊的既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅，是於日本法上，該資訊公開請求權人乃該當於「因訴訟之結果而權利受害的第三人」，而將參加類型定性為「第三人訴訟參加」；在此前提下，若採取本文之見解，而將行政訴訟法第 42 條解釋為類似於日本法上之第三人訴訟參加，則該資訊公開請求權人乃該當於「撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上之利益將受損害」之人，而該參加類型即應定性為「獨立參加」。

此外，於日本法制上，民事訴訟法上之訴訟參加之類型，於撤銷訴訟上亦得準用。因處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決效力所及，且該處分相對人因該處分所獲得之相關資訊之既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅，是其對於系爭訴訟具有緊密之關連性，自亦該當於「對於訴訟之結果有利害關係的第三人」。是資訊公開請求權人亦得選擇適用民事訴訟上「輔助參加」，且雖形式上為「輔助參加」實質上亦發生「共同訴訟輔助參加」之效果。至於，於我國法制上，資訊公開請求權人因對於系爭訴訟具有緊密之關連性，而該當於第 42 條之「撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上之利益將受損害」之人，而為獨立參加，其自亦該當於對於訴訟之關連性的要求較為寬鬆之「有法律上利害關係之第三人」，而為輔助參加。惟獨立參加與輔助參加之關係應為特別規定與普通規定之關係，於該當於獨立參加之類型後，輔助參加即應被排斥而不用。蓋若如日本通說般認為，資訊公開請求權人對於該二者之參加類型得自由選擇，且其選擇輔助參加之類型後之法律效果應解釋為共同訴訟輔助參加的話，將使訴訟參加之類型區分，不再有其實益。

附帶一提的是，行政訴訟法第 45 條第 3 項規定：「對於命參加訴訟之裁定，不得聲明不服。」可知，於撤銷訴訟上，作為原告之第三人對於法院命資訊公開請求權人參加訴訟之裁定，不得聲明不服。惟一旦資訊公開請求權人參加訴訟，訴訟程序之審理將會被延宕，乃可預期之事，若一律不許第三人對該裁定提起救濟，則對其權利之實效性之保障將有所妨害。且如前所述，日本法上亦承認第三人對於法院之裁定，提起即時抗告。準此，行政訴訟法第 45 條第 3 項規定似不利於人民權利保護且與國際立法潮流相違，不甚妥當，應將之刪除，允許第三人對於法院之裁定認為有違法之虞時，得對之提起救濟。

## 貳、停止執行之訴訟參加

如前所述，行政訴訟法第 116 條以下之停止執行制度，乃是以一般行政處分為適用對象而設計，是該停止執行制度並無任何保障第三人權益之機制。若涉及到像公開決定之第三人效力行政處分時，該如何保障第三人之隱私或營業等權益，似與日本法同，皆成為待解決之問題。

於停止執行之審理程序上，法官在實體審理時往往因為審理之迅速與急迫之要求，而無法明確地來預測第三人在本案勝訴之機率，而需要權衡第三人與處分相對人之權益，始得作出是否停止原處分執行之裁定，若作出停止原處分執行之裁定，因類推適用行政訴訟法第 216 條之拘束力規定，原處分機關即暫時的不得執行該處分<sup>279</sup>；尚且，停止原處分執行之裁定，雖未如日本行政事件訴訟法第 25 條準用第 32 條之規定，惟通說皆認為該裁定具有形成力，其對於處分相對人亦具有效力<sup>280</sup>。準此，既然須考量處分相對人之權益始得作出停止執行之裁定，且該裁定對於處分相對人亦有所拘束。是以，保障處分相對人之權益在停止執行之審理程序能夠暢所欲言地陳述己見，來提供法官對於是否停止執行能正確判斷之審理資料，似為必然之制度設計。如此，一方面，法官始不會只聽第三人片面之詞，而較有可能正確地來比較分析雙方當事人所涉及到利益，來做出兼顧雙方當事人利益之決定；他方面，裁定對於處分相對人有拘束力，始有其正當性。準此，雖然在制度設計上應該保障第三人在停止執行之審理程序中，能夠暢所欲言地陳述己見，惟於我國之實定法上又應如何解釋適用，以具體落實該理念，則又是另一層面之問題。茲詳述如下：

首先，在事前程序保障方面，我國行政訴訟法關於停止執行之規定（即第 116 條到 119 條）並沒有關於保障處分相對人得以陳述意見之相關規定。是以，

<sup>279</sup> 陳世旻，行政爭訟上之暫時權利保護制度，中央警察大學碩士論文，1999 年，頁 249。

<sup>280</sup> 陳世旻，行政爭訟上之暫時權利保護制度，中央警察大學碩士論文，1999 年，頁 248。

並無法如上述日本學者般類推適用停止執行之相關規定來解決，而必須另外尋求其法條依據。細究我國行政訴訟法關於訴訟參加之規定（即第 41 條到第 48 條之規定）乃規定在第一編總則，不同於日本行政事件訴訟法參加規定於第二章第二節之撤銷訴訟中。而通則之規定除法律另有除外規定外，得適用時於各個程序。惟訴訟參加之規定，除了得適用於通常訴訟及簡易訴訟等所有之訴訟程序外，停止執行程序得否適用？停止執行程序雖為保全程序而具有非訟性，惟若將訴訟參加所得適用之訴訟程序作廣義地理解，則停止執行程序解釋上亦似得包含於內。在此前提下，訴訟參加之相關規定，似得直接地作為程序外之利害關係人參加停止執行之審理程序的依據。準此，資訊公開請求權人應可直接地援用訴訟參加之規定，來參與停止執行程序。惟如後所述，因資訊公開請求權人僅得類推適用重新審理之規定，若考量體系之一貫，則此處資訊公開請求權人亦應僅得類推適用訴訟參加之規定，始為妥當。至於，該訴訟參加是屬何種參加類型，是屬於必要參加、獨立參加亦或是輔助參加？於結論上，本文認為資訊公開請求權人應得援用獨立參加之規定。該相關之理由與撤銷訴訟同，於此不再贅述。

其次，在事後程序保障方面，我國行政訴訟法第六編乃關於重新審理之規定，其中第 284 條第 1 項規定：「因撤銷或變更原處分或決定之判決，而權利受損害之第三人，如非可歸責於己之事由，未參加訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法者，得對於確定終局判決聲請重新審理。」由此可知，「重新審理」乃保障利害關係人，因非可歸責於己之事由而未參加訴訟時之事後程序保障制度，相當於日本行政事件訴訟法第 34 條之「第三人再審之訴」。而且我國法之「重新審理」依據第 284 條第 1 項規定可知，其適用對象與日本法之「第三人再審之訴」同，皆僅能適用於「判決」，「裁定」則不包括在內。是以，前述日本學者對於類推適用第三人再審之訴的見解，於我國法似乎即有參酌援用之價值。本文認為，處分相對人因為不可歸責於自己事由，而不能參加停止執行之審理程序，以致於在該程序中提出能夠影響法官判斷之攻擊防禦方法時，其顯然無



享有足夠之事前程序保障，即受到停止執行裁定之拘束，而應賦予其事後之程序保障來否定該裁定之效力，以資救濟。是以，我國法關於「重新審理」之適用對象僅為「判決」，顯有立法漏洞，對於停止執行之「裁定」應可類推適用之，而賦予資訊公開請求權人於停止執行之審理程序上，足夠之事後程序保障，始足以保障其權利。

### 參、預防性不作為訴訟之訴訟參加

於預防性不作為訴訟，命行政機關不得作出處分或裁決的判決後，行政機關因該判決即負有不得做出系爭處分或裁決之義務（行政訴訟法第 216 條）。資訊公開請求權人之權利勢必受到影響。是以，應使因該公開決定不允許被作成而受到不利益之資訊公開請求權人，參與該訴訟程序而為自己之權利辯護，該程序之進行始有其正當性。並且，預防性不作為訴訟於我國法上之依據乃行政訴訟法第 8 條，是其訴訟性質，當屬給付訴訟，即使原告勝訴，其判決亦無形成力。資訊公開請求權人於法院作出禁止判決後尚得提起課予義務訴訟，紛爭似無法一次解決。綜上所述，我國法上預防性不作為訴訟之訴訟程序，與日本法同，皆存有保障程序外第三人權利之需求與紛爭無法一次解決之問題。

如前所述，如依照日本通說之見解，資訊公開請求權人於第三人對於公開決定提起禁止訴訟的場合，乃具有輔助參加被告之利益。是資訊公開請求權人於第三人對於公開決定提起禁止訴訟時，得對於被告為「輔助參加」與「第三人訴訟參加」。惟若採取本文之見解，而認為僅因判決之形成力而受害之第三人，始得為第三人參加，則因資訊公開請求權人於此場合並不會受禁止判決直接地拘束，而僅得對於作為被告之行政機關為「輔助參加」。進而，若認為日本法上之第三人訴訟參加與輔助參加，乃相似於我國第 42 條之獨立參加與第 44 條之輔助參

加，則於我國法上資訊公開請求權人於預防性不作為訴訟上所應適用之參加類型，應為「獨立參加」與「輔助參加」。惟若採取本文對於第 42 條之詮釋，而認為僅受判決之形成力影響之人，始得為獨立參加的話，則資訊公開請求權人僅能適用「輔助參加」。

此外，如前所述，因資訊公開請求權人於參加禁止訴訟時，亦具有積極地請求被告應作成公開決定之需求，是本文認為，於日本法上，資訊公開請求權人似尚得依當事人獨立參加之規定參與訴訟，以使第三人請求不該公開之消極的防禦權，與資訊公開請求權人請求公開請求權得於同一程序，一併解決。而我國行政訴訟法上並無獨立參加之明文，僅民事訴訟法第 54 條主參加訴訟之規定，類似於該國之獨立參加<sup>281</sup>。且因日本行政事件訴訟上之獨立參加，乃依據行政事件訴訟法第 7 條準用民事訴訟法獨立參加之規定，若依據同一之理由，似得認為我國之行政事件訴訟上亦得準用民事訴訟法第 54 條主參加訴訟之規定。準此，資訊公開請求權人似尚得依主參加之規定參與訴訟，以使第三人請求不該公開之消極的防禦權，與資訊公開請求權人請求公開請求權得於同一程序，一併解決。惟我國法上主參加之要件，與日本民事訴訟法上獨立參加並不相同，其規定須以「原訴訟之兩造」為共同被告始得為之。而本文所涉及之情形而僅需以訴訟中之一方為被告即可，並不該當於主參加訴訟之要件。惟為使紛爭得一併解決，主參加訴

<sup>281</sup> 日本法上獨立當事人參加，通說認為此等參加訴訟之構造為一種「三面訴訟」，三當事人相互立於對抗牽制之關係，法院應以一個全部判決就三者間之紛爭為無矛盾之判決。因此，應準用必要共同訴訟之規定，使「本訴訟」與「參加訴訟」之審理步調一致，三當事人應有共同之期日，不得分別辯論或一部判決。惟我國法上主參加訴訟，該訴訟與本訴訟係屬個別獨立之訴，本質上並不當然被合併辯論或裁判，是本訴訟主參加訴訟之判決，互不拘束，縱使互相抵觸矛盾，亦各不失其效力。參見：駱永家，民事法研究 II，三民書局，1999 年，頁 102-105。惟我國民事訴訟法第 54 條第 1 項規定：「…向本訴訟係屬之法院起訴」；且第 54 條第 2 項亦規定：「依前項規定起訴者，準用第 56 條各款之規定」；且第 205 條第 2 項前段規定：「第 54 條所定之訴訟，應與本訴訟合併辯論及裁判之。」使得我國之主參加訴訟，在運作上亦能一舉解決三方所涉及之紛爭，並防止裁判矛盾，頗類似於日本法上獨立參加的三面訴訟關係。此外，日本除有獨立當事人參加外，原在舊民事訴訟法第 60 條亦規定有主參加訴訟制度，惟因無像我國之主參加訴訟的相關配套，實際上幾乎沒有被適用，遂被刪除，而僅保留獨立當事人參加。參見：秋山幹男等編著，コンメンタール民事訴訟法（1），日本評論社，2002 年，頁 439-440。

訟之規定應加以修正始為妥當<sup>282</sup>。

再者，使資訊公開請求權人參與訴訟之目的之一，乃為使其受禁止判決效力之拘束，以求紛爭之一次解決。關於禁止判決對於參加人效力之規定：首先，輔助參加之參加效力，依行政訴訟法第 48 條準用民事訴訟法第 63 之規定，參加人與其所輔助之當事人相互間，皆不得主張本訴訟之裁判不當。是以，資訊公開請求權人受該判決參加效力之拘束，雖然其後尚得提起課予義務訴訟，惟至少能防止裁判之矛盾；其次，獨立參加之參加效力，依行政訴訟法第 23 條將參加人擬制為當事人，依同法第 214 條第 1 項，禁止判決之既判力亦及於之。準此，資訊公開請求權人因受該既判力之拘束，其後即不得再提起課予義務訴訟。惟因本文認為資訊公開請求權人僅能適用「輔助參加」，是於此情形下討論獨立參加之參加效力，似無實益。



#### 肆、預防性假處分之訴訟參加

若第三人對於行政機關之公開決定提起預防性不作為訴訟，同時亦聲請預防性假處分時，因預防性假處分之裁定於行政訴訟法第 298 條以下並無拘束力之相關規定，是該裁定是否具有拘束力即成問題。本文認為，若不承認其有拘束力，該裁定之作成即無意義，故應類推適用行政訴訟法第 216 之規定，使預防性假處分之裁定具有拘束力。依據該裁定，行政機關即負有不得作成該特定處分或裁決之義務。因而資訊公開請求權人之權利即可能因該裁定而暫時性無法實現。準

<sup>282</sup> 日本舊民事訴訟法第 71 條規定：「主張因訴訟之結果權利將受侵害之第三人，或就訴訟標之全部或一部主張為自己權利之第三人，得以當事人參加於訴訟，於此情形準用第 62 條及第 65 條之規定。」此時期，是否承認片面參加，似乎還有疑問；新民事訴訟法第 47 條規定第 1 項：「主張因訴訟結果而權力受有侵害之第三人，或主張訴訟標之全部或一部為自己權利之第三人，得以該訴訟之當事人一方或雙方為相對人，為當事人而參加該訴訟。」惟該片面參加型態，對三面訴訟說有所修正，似乎尚非普遍。參見：秋山幹男等著，コンメンタール民事訴訟法（1），日本評論社，2002 年，頁 440-441。

此，似有必要使資訊公開請求權人參與該程序，以確保其程序之正當。此外，預防性假處分之裁定並無具有形成力之相關規定，本文認為，若考量預防性不作為訴訟乃給付訴訟，進而預防性假處分之裁定亦應解為給付裁定，是該裁定並無具有形成力應屬當然之理。是於法院作成預防性假處分之裁定後，資訊公開請求權人尚得提起課予義務訴訟，同時亦得聲請暫時性假處分。因此，於此場合，使資訊公開請求權人參與程序而使裁定之效力對其拘束，以統一解決紛爭，乃有其必要。準此，資訊公開請求權人應得類推適用行政訴訟法第 44 條輔助參加之規定，以參與該程序，始為妥適。至於，詳細之理由，參見撤銷訴訟與停止執行之訴訟參加的相關論述。另外，若因不可歸責於資訊公開請求權人之事由，而未於事前參與程序時，其亦應得類推適用重新審理之規定，以求事後之程序保障。



當行政機關作成公開決定，而其所欲公開之內容，涉及到第三人之權利時，第三人若認為該公開決定侵害其權利，第三人得於該公開決定作出後，對該決定提起撤銷訴訟，請求行政機關不要公開系爭資訊以免侵害其權利，並得同時向法院聲請停止執行。此外，若第三人等到行政機關作成公開決定後，始對該公開決定開啟事後之救濟程序，緩不濟急。基於權利保護之實效性的要求，其亦得於行政機關尚未作成公開決定前，預先提起預防性不作為訴訟，請求法院命行政機關不得做出公開決定。再者，於符合一定嚴格之要件下，第三人亦應得提起預防性假處分，以暫時地阻止行政機關做成公開決定。惟在第三人對於公開決定，提起上開本案訴訟及其暫時權利保護的程序中，因其程序運作之結果，資訊公開請求權可能無法實現，是該如何於該程序中妥善地保護資訊公開請求權人之權利，乃屬於值得討論的問題。

首先，當第三人對於公開決定提起撤銷訴訟時，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究何所指？因撤銷判決乃形成判決，是行政訴訟法第 215 條規定撤銷判決對於第三人亦有效力，而有所謂之形成力。準此，處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決的形成力所及。進而，若該公開決定被法院所撤銷，該處分相對人因該公開決定所獲得之相關資訊的既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅，是於日本法上，該資訊公開請求權人乃該當於「因訴訟之結果而權利受害的第三人」，而將參加類型定性為「第三人訴訟參加」；在此前提下，若採取本文之見解，而將行政訴訟法第 42 條解釋為類似於日本法上之第三人訴訟參加，則該資訊公開請求權人乃該當於「撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上之利益將受損害」之人，而該參加類型即應定性為「獨立參加」。至於，於我國法制上，資訊公開請求權人因對於系爭訴訟具有緊密之關連性，於該當於要件較為嚴格之獨立參加之前提下，其自亦該當於對於訴訟之關連性的要求較為寬鬆之輔助參加類型。惟獨立參加與輔助參加之關係應為特別規定與普通規定之關係，於該當於獨立參加之類型後，輔助參加即應被排斥而不用。蓋若不如此解釋的話，訴訟參加之類型區分，將不再有其實益。

其次，資訊公開請求權人於第三人聲請停止執行時，得否參與該程序之進行？在實定法缺乏明文依據的前提下，資訊公開請求權人似僅得援用訴訟參加與重新審理之規定，惟究竟為直接適用亦或是類推適用？於事前程序保障方面，若考量資訊公開請求權人僅得類推適用重新審理之規定，基於體系之一貫，關於訴訟參加之適用範圍不宜做過大之解釋，而使其包含保全程序，是此處資訊公開請求權人應僅得類推適用訴訟參加之規定，始為妥當。至於，該訴訟參加是屬何種參加類型，是屬於必要參加、獨立參加亦或是輔助參加？本文認為資訊公開請求權人應得援用「獨立參加」之規定，該相關之理由與撤銷訴訟同，於此不再贅述；於事後程序保障方面，因我國法關於「重新審理」之適用對象僅為「判決」，不及於保全程序所作之「裁定」，故顯有立法漏洞存在。本文認為，對於停止執行

之「裁定」應可類推適用之，而賦予資訊公開請求權人於停止執行之審理程序上，足夠之事後程序保障以保障其權利。

再者，我國法上資訊公開請求權人於預防性不作為訴訟上所應適用之參加類型，究何所指？若認為日本法上之第三人訴訟參加與輔助參加，乃相似於我國第 42 條之獨立參加與第 44 條之輔助參加，且對於獨立參加之適用範圍從寬認定而包含判決之拘束力的話，則於我國法上資訊公開請求權人於預防性不作為訴訟上所應適用之參加類型，應為「獨立參加」與「輔助參加」。惟若採取本文對於第 42 條獨立參加之詮釋，而認為僅因判決之形成力而直接受害之第三人，始得為第三人參加，則因資訊公開請求權人於此場合並不會受禁止判決直接的拘束，而僅得對於作為被告之行政機關為第 44 條之「輔助參加」。

最後，資訊公開請求權人於第三人聲請預防性假處分時，得否參與該程序之進行？此亦與停止執行場合存有相同之問題。因法院所做出有理由之假處分裁定後，行政機關即負有不得作成該特定處分或裁決之義務。資訊公開請求權人之權利即可能因該裁定而暫時性無法實現。準此，似有必要使資訊公開請求權人參與該程序，以確保其程序之正當。此外，因假處分裁定不具有對世效，是使資訊公開請求權人參與程序而使裁定之效力對其有所拘束，以統一解決紛爭，乃有其必要。準此，資訊公開請求權人應得類推適用行政訴訟法第 44 條輔助參加之規定，以參與該程序，始為妥當。另外，若因不可歸責於資訊公開請求權人之事由，而未於事前參與程序時，其亦應得類推適用重新審理之規定，以求事後之程序保障。

## 第五章 總結

本文主要在探討，人民向政府請求資訊公開時，因該資訊公開之結果將侵害第三人之權利，依政府資訊公開法第 18 條規定，國家原則上應不得公開系爭資訊。此乃立法者對於申請人之資訊公開請求權與第三人之權益所作權衡的結果。惟若行政機關不顧立法者之意志，仍欲公開系爭資訊時，第三人該如何地運用訴訟制度以均衡地保障其權益？

\*

首先，當行政機關已作成公開決定時，第三人可否對該公開決定提起撤銷訴訟以求救濟？其中所涉及之關鍵，當為第三人是否具有提起撤銷訴訟之原告適格。因政府資訊公開法為行政機關所為之公開決定的準據，是第三人主張該公開處分所違反之規定，不外乎為，該法第 18 條第 1 項規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：...二 公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。...六 公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。...九 公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」以及同法第 12 條第 2 項：「前項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、法人或團體於十日內表示意見。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。」之規定。準此，依據保護規範理論，該條項之規定是否具有保障第三人權益之趣旨？其判斷標準何在？

若參酌日本行政事件訴訟法第9條第2項之參考因素，在判斷第三人是否具有原告適格時，不得僅以公開決定所違反之政府資訊公開法第18條、第12條之文義為狹義、形式地判斷，尚應考量該規定之旨趣與目的，以及該處分中所應考慮利益之內容及其性質，來從事綜合、實質地判斷。若基此立場，則應採取肯定之見解為宜，而認為政府資訊公開法除了具有落實處分相對人之資訊公開請求權之規範目的外，亦具有具體、個別地保護第三人之權利的趣旨。是以，第三人認為公開決定侵犯到其權利時，應得提起撤銷訴訟，而與相對人之資訊公開請求權相抗衡，以求二者權利之均衡維護。



其次，因資訊一旦公開後即無法回復至未公開的狀態，所以即使第三人能夠提起撤銷訴訟以防止關於其自身的資訊被公開，惟隨著冗長的訴訟程序之進行，若第三人尚未得到本案判決時資訊即被公開，則第三人所提起之撤銷訴訟將無訴訟實益，後續的救濟行為恐怕只剩下如何補償的問題。然此與該第三人最為關切之「資訊不公開」間，已有甚大的差別。是以，此時如何適切地來保護第三人之權利即成為問題。於是，國家為了因應人民此等對於訴訟制度之需求，以符合憲法意旨，即於訴訟制度中設立停止執行制度。依此制度設計，人民有權請求法院於其本案訴訟繫屬中，命原處分機關停止公開決定之效力、執行與程序的續行，以使本案訴訟之進行與結果能有具體的實益。有疑問的是，公開決定在實體法上應被定性為「第三人效力行政處分」，惟現行停止執行制度主要是建立在「一般行政處分」之上，準此，如何在將之做某程度之修正，即成為待解決之問題。至於如何修正，本文有下列三點結論：



- 一、關於實體審查要件之內涵。本文認為，處分受害者即第三人利益為「為避免其權利有難於回復之損害而有緊急之必要性」的要件所要考量的；至於處分相對人之利益則為「對於公共利益有重大影響」之要件所須斟酌的。惟因此時「公共利益」之內涵主要即為處分相對人之利益，至於該公開決定所依據之法規所欲達成之其他公共利益或許存在，惟其內涵極為抽象和不確定性，所以，本文認為在做停止執行之利益權衡的判斷時，應得忽略之，而對於是否停止原公開決定之執行，不會有任何影響。
- 二、關於實體審查要件之順序。本文認為，日本學說所提出之「綜合判斷法」，僅認為在判斷是否具備停止執行之實體要件時，各個實體要件間皆會相互影響。惟對於各個停止執行之實體要件間的審查順序關係，並未做出明確之說明。惟德國學界之「階層模式」，則是對於法院在審查是否具備停止執行之實體要件時，到底應優先審查哪一個要件，提出了明確的看法。由此得知，上述日本與德國學界對於停止執行實體審查標準之相關論述，並非處於相互排斥或矛盾之關係，無寧是居於相輔相成之互補關係。至於，如何具體操作，請參見前文。
- 三、關於立法論上之建議。依據我國行政訴訟法第 116 條的規定，法院對於停止執行之聲請，採取與民事訴訟法上保全程序不同之立法方式，原則上只有「(部分)停止」及「(部分)不停止」兩種裁定的可能性，並沒有設立擔保金制度或其他可保障相對人之措施。是該制度顯然無法適切的反應權衡雙方當事人權利後之結果，而僅能做出一方之權利須受完全保護，而他方之權利則須受到完全退讓之極端的裁定。我國未來在修法時，實應參考德國立法例來修正，以求資訊公開請求權人與因資訊公開而受損之第三人，雙方實質上當事人平等受到保護。

\*

再者，當行政機關所欲公開資訊之內容與第三人有所關聯，亦即涉及到第三人之隱私或營業秘密等權益。此時，第三人若認為國家所做成之公開決定違法侵害其權利，如前所述，第三人應得對該公開決定提起撤銷訴訟，並同時向法院聲請停止執行，以求救濟。惟如此之事後救濟程序，於行政機關立即執行該公開決定之場合，亦是緩不濟急。是以，第三人之資訊關係人除以撤銷公開決定等事後救濟方法，來防止自己的權利、利益受損害外，能否在該當行政機關未為公開決定前，提起預防性不作為訴訟，請求法院禁止行政機關作成公開決定？

因我國政府資訊公開法並未設有，公開決定之作成與其實際的實施間之緩衝時間的規定，是以第三人僅要符合預防性不作為訴訟之特別權利保護必要性的要件，應得依行政訴訟法第 8 條提起該訴。至於，其特別權利保護必要性之內涵，應可參考日本 2004 年新法之禁止訴訟的要件。此外，第三人雖合法提起該訴，惟仍恐於提起該訴訟之繫屬中，行政機關不預期地作成公開決定，而使其本案訴訟之提起變得毫無實益時，其亦得依行政訴訟法第 298 條向法院聲請預防性假處分，請求法院命行政機關暫時不得作出公開決定。至於，其特別實體審查要件之內涵，亦得參酌日本 2004 年新法之暫時性禁止的要件。如此之預防性救濟程序的設計，第三人之權利似即能獲得較為充分的保障。

但細究行政訴訟法第 8 條預防性不作為訴訟之特別權利保護必要性的要件，無論放得再寬，終究仍是例外，是預防性不作為訴訟之適用，應非常態；尚且，所謂特別權利保護必要性其內涵解釋地再具體，仍屬不確定法律概念，法官於操作該要件時，存在許多不確定之因素。準此，若要於資訊公開法制下充分地保障第三人的權利，於承認預防性不作為訴訟之同時，參照日本資訊公開法制，

對於公開決定之作成與其實施間設立一定之緩衝期間，似乎乃較為務實之作法。至於，預防性救濟程序與緩衝期間之關係，應認為於緩衝期間設立後，第三人若利用事後之救濟程序仍無法充足地保障其權利時，第三人還是可能得使用預防性救濟程序，是兩者間之制度設計並無衝突。

\*

最後，在第三人對於公開決定，提起上開本案訴訟及其暫時權利保護的程序中，因其程序進行之結果，可能使資訊公開請求權無法具體地實現，是於該程序中如何妥善地保護資訊公開請求權人之權利，乃屬於值得討論的問題。對此問題，本文有下列四點結論：

一、關於第三人對於公開決定提起撤銷訴訟時，資訊公開請求權人所應適用之參加類型究何所指？因撤銷判決乃形成判決，是行政訴訟法第 215 條規定撤銷判決對於第三人亦有效力，而有所謂之形成力。準此，處分相對人將會受到系爭撤銷訴訟之判決的形成力所及。進而，若該公開決定被法院所撤銷，該處分相對人因該公開決定所獲得之相關資訊的既得權益，將因該原告獲得勝訴而灰飛煙滅，是於日本法上，該資訊公開請求權人乃該當於「因訴訟之結果而權利受害的第三人」，而將參加類型定性為「第三人訴訟參加」；在此前提下，若採取本文之見解，而將行政訴訟法第 42 條解釋為類似於日本法上之第三人訴訟參加，則該資訊公開請求權人乃該當於「撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上之利益將受損害」之人，而該參加類型即應定性為「獨立參加」。至於，於我國法制上，資訊公開請求權人因對於系爭訴訟具有緊密之關連性，於當於要件較為嚴格之獨立參加的前提下，其自亦該當於對於訴訟之關連性的要求較為寬鬆之輔助參加類型。惟獨立參加與輔助參加之關係應為特別規定與普通規定之關係，於該當於獨

立參加之類型後，輔助參加即應被排斥而不用。蓋若不如此解釋的話，訴訟參加之類型區分，不再有其實益。

## 二、關於資訊公開請求權人於第三人聲請停止執行時，得否參與該程序之進行？

在實定法缺乏特別之明文依據的前提下，資訊公開請求權人似僅得援用訴訟參加與重新審理之規定，惟究竟為直接適用亦或是類推適用？於事前程序保障方面，資訊公開請求權人似得推適用訴訟參加，以參與程序之進行。惟若考量資訊公開請求權人於事後程序保障方面，僅得類推適用重新審理之規定，基於體系之一貫，關於訴訟參加之適用範圍不宜做過大之解釋，而使其包含保全程序。是此處資訊公開請求權人應僅得類推適用訴訟參加之規定，始為妥當。至於，該訴訟參加是屬何種參加類型，是屬於必要參加、獨立參加亦或是輔助參加？本文認為資訊公開請求權人應僅得援用「獨立參加」之規定；於事後程序保障方面，因我國法關於「重新審理」之適用對象僅為「判決」，不及於保全程序所作之「裁定」，故顯有立法漏洞存在。本文認為，對於停止執行之「裁定」應可類推適用之，而賦予資訊公開請求權人於停止執行之審理程序上足夠之事後程序保障以其權利。

## 三、關於我國法上資訊公開請求權人於預防性不作為訴訟上所應適用之參加類型，究何所指？若認為日本法上之第三人訴訟參加與輔助參加，乃相似於我國第 42 條之獨立參加與第 44 條之輔助參加，且對於獨立參加之適用範圍從寬認定而包含判決之拘束力的話，則於我國法上資訊公開請求權人於該訴訟上所應適用之參加類型，應為「獨立參加」與「輔助參加」。惟若採取本文對於第 42 條獨立參加之詮釋，而認為僅因判決之形成力而直接受害之第三人，始得為第三人參加，則因資訊公開請求權人於此場合並不會直接地受禁止判決之形成力的拘束，而僅得為第 44 條之「輔助參加」。

四、關於資訊公開請求權人於第三人聲請預防性假處分時，得否參與該程序之進行？此亦與停止執行場合存有相同之問題。因法院所做出有理由之假處分裁定後，行政機關即負有不得作成該特定處分或裁決之義務。資訊公開請求權人之權利即可能因該裁定而暫時性無法實現。準此，似有必要使資訊公開請求權人參與該程序，以確保其程序之正當。此外，因假處分裁定不具有對世效，是使資訊公開請求權人參與程序而使裁定之效力對其有所拘束，以統一解決紛爭，乃有其必要。準此，資訊公開請求權人應得類推適用行政訴訟法第 44 條輔助參加之規定，以參與該程序，始為妥當。另外，若因不可歸責於資訊公開請求權人之事由，而未於事前參與程序時，其亦應得類推適用重新審理之規定，以求事後之程序保障。



## 參考文獻

### 壹、中文文獻

- 尤帝元，預防性行政訴訟之研究－以日本與我國行政訴訟中之預防性不作為訴訟為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，2007年。
- 吳庚，行政爭訟法論，1999年。
- 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年。
- 李建良，「好事的鄰居-公權利理論與訴訟權能」，收錄於『月旦法學教室 公法學編』，元照，2002年。
- 李建良，「行政程序行為與行政救濟」，收錄於『月旦法學教室 公法學編』，元照，2002年。
- 李庭熙，論附第三人效力之行政處分，台灣大學法律研究所碩士論文，1990年6月。
- 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌，第62期，2000年7月。
- 林石猛，行政訴訟類型之理論與實務，學林，2004年。
- 吳志光，行政資訊公開與行政爭訟途徑，律師雜誌，第303期，2004年12月。
- 林明昕，「行政爭訟上停止執行之實體審查標準-以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心」，收錄於『2005行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中央研究院法律學研究所籌備處，2006年。
- 林明昕，資訊公開 vs 秘密保護－論「政府資訊公開法制」之建立，法政學報，第16期，2003年3月。
- 林明昕，「論第三人權利救濟」，收錄於『第八屆行政法實務與理論學術研討會之會議論文集』。
- 林明昕，「淺論行政訴訟法上之實體裁判要件」，收錄於『公法學的開拓線』，元照，2006年。
- 林明昕，「論行政訴訟法上之訴訟類型-從日、德比較法制觀察」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第4輯』，司法院，2005年12月。
- 林明鏞，人民權利之暫時保護－以行政訴訟程序為中心，台灣大學法律學研究所碩士論文，1987年。
- 林美鳳，「日本行政事件訴訟法修正與原告適格理論之變化」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第4輯』，司法院，2005年12月。
- 林素鳳，「日本行政訴訟制度法制之革新-以2004年之相關修正為中心」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第4輯』，司法院，2005年12月。
- 林素鳳，我國與日本資訊公開法制之比較，警大法學論叢第12期，2007年4月。
- 法治斌，資訊公開，收錄於資訊公開與司法審查，正典，2003年。
- 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2004年。

- 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003年版。
- 施啟揚，民法總則，2001年。
- 范姜真嫩，日本資訊公開法救濟程序之探討，東吳法律學報，第17卷第1期，2005年8月。
- 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，五南，2002年。
- 馬鴻驊，行政訴訟上假處分決定之實體審查標準，中正大學法律學研究所碩士論文，2005年。
- 高仁川，資訊公開制度之理論與實際，政治大學法律學研究所碩士論文，2000年。
- 張文郁，「行政訴訟之訴訟參加與民事訴訟之訴訟參加的比較—對台北高等行政法院九十年第三次庭長、法官聯席會議決議之法律問題之評釋」，收錄於『公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集』，元照，2004年。
- 盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，第7期，2001年12月。
- 許宗力，基本權的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，2003年。
- 陳世旻，行政爭訟上之暫時權利保護制度，中央警察大學碩士論文，1999年。
- 陳英鈞，從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話，台大法學論叢，第34卷第4期，2005年。
- 陳英鈞，「論撤銷訴訟之暫時權利保護—從雙贏的風險分配評析實務見解」，收錄於『行政法實務與理論（一）』，葛克昌與林明鏞主編，台大法學院公法研究中心，2003年3月。
- 陳計男，行政訴訟法修正草案關於訴訟參加之評釋，法令月刊，第49卷第4期，1998年4月。
- 陳敏，行政法總論，2004年。
- 陳清秀，行政訴訟法，2002年。
- 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，2000年7月。
- 梁學政，論我國資訊公開紛爭解決機制，警大法學論集第14期，2008年4月。
- 葉淑芳，行政資訊公開之研究—以隱私權益保障為中心，國立中興大學法律研究所碩士論文，1999年。
- 湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，第35卷第6期，2006年11月。
- 湯德宗，「論資訊公開與卷宗閱覽—行政法院相關判決評釋」，收錄於『2005行政管制與行政爭訟』，湯德宗、劉淑範主編，中研院法律所籌備處，2006年。
- 劉建宏，我國行政訴訟法上訴訟參加制度類型之檢討—論行政訴訟法第四十四條第二項「利害關係人輔助參加」制度之妥當性，月旦法學雜誌，第84期，2002年5月。
- 劉建宏，訴訟參加制度在我國行政法院實務上之適用，月旦法學雜誌，第103期，2003年12月。
- 劉建宏，課與義務訴訟與訴訟參加，法學講座，第4期，2002年4月。
- 駱永家，民事法研究II，三民書局，1999年。

謝杞森，「行政訴訟法的共同訴訟與訴訟參加-以公平交易法的聯合行為為例」，收錄於『行政訴訟制度相關論文彙編第4輯』，司法院，2005年12月。  
謝祥揚，資訊公開程序中「第三人異議制度」之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005年。

## 貳、日文文獻

- 小林久起，行政事件訴訟法，商事法務，2004年。  
千葉勇夫，「無名抗告訴訟」，收錄於『行政救濟法一』，村山敏正主編，有斐閣，1990年。  
日本辯護士連合会，実務解説 行政事件訴訟法—改正行訴法を使いこなす，青林書院，2005年。  
田中二郎，司法権の限界，弘文堂，1976年。  
田中二郎，行政争訟の法理，有斐閣，1964年。  
白石健三，公法上の義務確認訴訟について，公法研究11號，1954年。  
宇賀克也，行政法概説Ⅱ行政救濟法，有斐閣，2006年。  
宇賀克也，情報公開法の理論，有斐閣，2000年。  
宇賀克也，新情報公開法の逐条解説，有斐閣，2006年。  
宇賀克也，情報公開法、情報公開條例，有斐閣，2001年。  
杉本良吉，行政事件訴訟法解説，法曹會，1963年。  
松井茂記，情報公開法，有斐閣，2003年。  
芝池義一，行政救濟法講義，有斐閣，2004年。  
阿部泰隆，行政救濟の実効性，弘文堂，1985年。  
阿部泰隆，行政訴訟改革論，有斐閣，1993年。  
南博方/高橋茲編，条解行政事件訴訟法，弘文堂，2006年。  
南博方編，条解行政事件訴訟法，弘文堂，1987年。  
室井力/芝池義一/浜川清，行政事件訴訟法、国家賠償法，日本評論社，2007年。  
室井力編，基本法コンメンタール—行政救濟法，日本評論社，1986年。  
秋山幹男等編著，コンメンタール民事訴訟法(1)，日本評論社，2002年。  
兼子仁，行政法學，岩波書店，2000年。  
原田尚彦，訴えの利益，弘文堂，1965年。  
宮田三郎，行政訴訟法，信三社，2007年。  
高木光/常岡孝好/橋本博之/櫻井敬子，条文から学ぶ—行政救濟法，有斐閣，2006年。  
高林克己，「訴訟參加」，收錄於『実務民訴講座(8)』，鈴木忠一/三ヶ月章監修，日本評論社，1981年。  
野口貴公美，情報公開と訴訟(上)，自治体と訴訟(7)，月刊自治フォーラム，2006年10月。  
渡邊宗太郎，全訂日本国行政法要論上卷，有斐閣，1955年。  
雄川一郎，行政争訟法，有斐閣，1957年。



雄川一郎，「行政行為の予防訴訟」，收錄於『杉村章三郎古稀紀念-公法學研究（上）』，田中二郎等編，有斐閣，1974年。

園部逸夫編，改正行政訴訟法の理論與實務，ぎょうせい，2006年。

齋藤秀夫等編著，注解民事訴訟法（11），第一法規，1996年。

鈴木忠一、三ヶ月章監修，新實務民事訴訟講座（9），日本評論社，1984年。

齋藤誠，開示決定の取消訴訟，法学教室，201號，1997年。

