

私立東海大學法律學研究所

博士學位論文

指導教授： 黃啟禎 博士
 陳運財 博士

機關外聘委員法律地位之研究

The Research of the legal status of the
delegated committees outside of the Authority

研究生：黃源銘

中華民國九十九年六月

論文摘要

現代社會呈現多元化與專業化之趨勢，相較於傳統農工商社會，可謂一日千里。面對社會的轉變官僚行政組織在處理行政事務必須引進更多的專業以及傾聽人民的聲音。在此思維下，行政機關引進專家、學者、公正人士等參與行政事務之政策諮詢、以及規劃執行。這些成員稱之為「機關外聘委員」。對於機關外聘委員亦即專家、學者、公正人士參與公共事務之身分、地位究竟為何？各方見解不一；同時外聘委員之權利義務責任以及監督等相關法制之建構付之闕如。本論文之目標在於系統化的呈現出外聘委員法律地位之理論建構，並藉由相關爭點的探討與釐清，作為我國本土理論建構的嘗試。

本論文共計九章：

第一章緒論旨在說明本文的研究背景、研究目的、文獻回顧與評述，研究方法與步驟以及主題的定位內容與架構。

第二章旨在界定機關外聘委員之概念，其並非傳統官僚系統之文官及政務官，而係以「私人」地位參與國家事務運作。此概念之界定將適度釐清本論文之研究範圍。

第三章旨在探討外聘委員參與國家事務之法理基礎，本章從民主原則、行政之多樣性及專業化與複雜化、公益與效量之考量以及私人參與公共任務等不同面向架構出專家、學者、公正人士等外聘委員參與國家及地方行政事務之法理基礎。

第四章旨在研究外聘委員之類型，本文先從理論上探究分類之標準，進而從實證法上分析建構出我國外聘委員之芻型，包括諮詢委員、審議委員、爭議裁決委員、調解委員、監督管理委員、調查委員、評鑑及鑑定委員以及典試委員等類型，此分類有助於法律地位之建構與分析。

第五章旨在從法律地位而生的權利義務之探討，從研究中發現我國針對此議題之討論尚屬缺乏，本文從遴聘之法律關係、資格要件、程序架構出未來立法論之建構，其中論點之提出對於外聘委員法律地位之研究提供思考模式。

第六章旨在探討外聘委員之責任，本文從責任理論出發研究行政責任、國家賠償責任以及刑事責任，本章係在前幾章的基礎上思維、探究而得的結論。

觀點意見或有不同，但從學術研究的角度，亦可作為不同辯證之素材。

第七章旨在探討外聘委員之監督，其模式包括國會（立法）監督、行政監督以及司法監督，本文並從司法裁判中建構出司法對委員會決定審查密度之高低，有助於未來相關個案之參考。

第八章旨在探討外國法制的借鏡，本文以英國及日本做為比較法的對象，從中並做制度之比較與考察。

第九章結論，本文從宏觀制度面考察建議應對機關內設置委員會數目提出檢討並縮減，同時建議擬定委員的基本建制計畫（含人數、資格要件、參與限制與任期）以及委員會運作，包括出席、決議以及資訊公開；微觀面並總結各章研究所得提出機關外聘委員法律地位之議題結論。

Abstract

Unlike traditional agricultural society, modern world with diversified development and professional-oriented trend keeps demanding and being immersed in immense changes dynamically. Correspondingly, current administrative authority tends to adopt more external professional opinion on public affairs and administration with respect to consulting, conducting screening, outside monitoring & investigating and so on. Professional experts are mostly from Academies or people with specialized skills, esteemed social status and no conflict of interest and they often form a functional committee to execute their responsibility. However, in practice, there seems no consensus with the empowerment of the external committee's involvement in terms of legality. This study manages to look into it in a systematic way. By exploring and clarifying those contemporary various debates on it, we may further apply them into building up our own system.

The rest of this dissertation is arranged as follows:

In chapter 1, a related literature review, methodology applied and expected finding, are conducted and presented in sequence.

In chapter 2, the author tries to define the concept of the delegated committee outside from the authority. With their private unique identity, in what way does the involvement in public affairs arrangement or so called contribution perform?

In chapter 3 and 4, the author further analyzes the Jurisprudence Basis of the delegated committee in terms of democratic principles, the complexity of public administration, public interest and its contribution. Diversified functional committees should hence be formed according to the needs and any restrictions.

From chapter 5 to 7, the author discusses how to monitor and ensure the proper operation of the delegated committee. In addition to standardizing a common practice, a related legislation should be proposed and promulgated. Furthermore, the regulation should cover the corresponding liability of the delegated committee

regarding its administrative and criminal responsibilities. National compensation responsibilities should also be taken into consideration.

In chapter 8, the author takes the respective practice in England and Japan into comparison for future legislation proposed.

In chapter 9, the author concludes the finding and further proposes a guidance to conduct and monitor the operation of the delegated committee outside the authority.

謝辭

本論文的完成，首先要感謝我的指導教授黃啓禎博士。六年前進入東海大學就讀，即選定公法做為我的研究方向，在長達六年時間裡，每週固定在黃老師課堂裡上汲取學術養分。老師器識宏偉、格局遠大、分析事理精闢入裡，在公法學領域中指引我正確的方向，亦期許自己未來以老師為典範，作為處世與治學之目標。今日論文若有些許的成果，當歸功於老師的無私傳授，師恩厚重，永銘在心。

陳運財老師，是我的共同指導教授之一，在刑事法領域給了我極寶貴的意見，老師治學嚴謹、生性謙沖無華，雖代理法律學院院長在忙碌的行政職務裡亦撥冗指導，我心中有無限感恩，來日當努力於學術研究，以報答老師的厚愛。

在就學與論文審查過程中，李惠宗老師一直對我很照顧，課堂上受老師嚴謹的學術指導，老師並全程參與我的論文初稿評鑑與論文口試，鉅細靡遺的指點我論文的寫作方式，對本研究主題所提之見地使得本論文增添光采，尤其在法學方法論之思考，啓開了我廣闊的法學視野。蕭淑芬老師是我的憲法啓蒙，博士班期間主修比較憲法，在基本權的基礎理論體系上，提供我全新的思維，讓我在公法領域的學習得以完整。

柯耀程老師待人親切，在刑事法領域讓我見識到思辯的功力，對我殷切的指導，點點滴滴感念在心。董保城老師為人親和，在百忙之中擔任口試審查會的主持人，讓我最後階段得以圓滿完成，並且鼓勵我繼續讓論文內容更加充實。對各位老師謹致上最高的感謝與敬意。

六年前，初見東海大學之美，一晃眼六年過去了，回首來時路如今頗有「不異舊時人，但異舊時行履處」之覺。感謝六年前甘添貴老師及陳榮隆老師的推薦讓我得以順利考取博士班；就學期間東海法律系猶如一個大家庭，溫豐文老師、張麗卿老師、高得潤老師、李成老師、簡良育老師以及耀州、美蘭、禾里、芳瑜助教及諸多學弟妹，給我各方面的鼓勵與關照，謹致上我最誠摯的感謝。

在此，亦要感謝台北縣政府法制局陳坤榮局長，提供我參與實務討論並得以向前輩先進學習的機會；好友黃金龍律師、楊岡儒律師、李長晏副教授、陳天聰副執行長，一直以來對我不斷的支持鼓勵；永瑞學弟，祐齊、幼萍、又瑄、

炘昌諸好友，你們的協助，給我最大的溫暖，讓我可以全心投入論文的研究與撰寫。願將成果與你們一起分享。

家，是避風港也是生命的動力；成長過程中諸兄長為我的典範，一向遵循他們的腳步，立定我的目標，兄嫂們無私的照顧，岳父母的關愛，愛妻莉貞默默的支持，感恩大家對我的包容支持與無保留的愛。二個寶貝子昀、子涓是我甜蜜的負擔與快樂的泉源，你們成長的點滴都是我無價的美麗回憶。

最後，天上的父親、母親，么兒阿默已經取得博士學位，不識字的您們一直以身教影響著我，取得學位只是一個階段性，未來阿默仍將繼續秉持您們堅毅質樸與認真的生命態度，努力的過生活，以不負養育之恩。

黃源銘

謹誌 2010年6月14日

論文大綱

目錄	頁
第一章 緒論.....	1
第一節 研究背景及研究目的	1
第二節 文獻回顧與評述	7
第三節 研究方法與進行步驟	22
第四節 研究主題之定位內容與架構	27
第二章 機關外聘委員概念之界定.....	33
第一節 機關外聘委員之概念	33
第二節 外聘委員產生之歷史背景與特色	43
第三節 制度運用之批評	63
第四節 外聘委員之法律定位	68
第三章 機關外聘委員參與國家公共事務之法理基礎.....	109
第一節 前言	109
第二節 行政的技術化	110
第三節 行政的專業化	111
第四節 民主原則	112
第五節 公益與效率之考量	115
第六節 私人參與公共任務	118
第四章 機關外聘委員類型化之分析與建構.....	121
第一節 前言	121
第二節 分類標準	122
第三節 我國外聘委員之類型化分析與建構	127
第五章 機關外聘委員之權利義務.....	191
第一節 外聘委員之遴聘	191
第二節 外聘委員之義務	211
第三節 外聘委員之權利	248
第六章 外聘委員之責任.....	263
第一節 外聘委員責任之理論基礎	264
第二節 外聘委員與所參與委員會之關係	275

第三節 行政法責任	284
第四節 國家賠償責任	305
第五節 刑事責任	333
第七章 機關外聘委員之監督	403
第一節 監督之理論基礎	403
第二節 體制內之監督方法	405
第三節 行政法院裁判實務考察－以司法審查為中心	430
第八章 外國法制之借鏡－以英日委員會為中心	447
第一節 前言	447
第二節 英國－以紛爭裁決所為中心	447
第三節 日本	469
第九章 結論與建議	483
第一節 宏觀面的制度考察與建議	483
第二節 微觀面的結論與建議	486
主要參考資料	1
附錄	

論文目次

細目	頁
第一章 緒論	1
第一節 研究背景及研究目的	1
第一項 問題背景	1
第二項 研究目的	4
第二節 文獻回顧與評述	7
第一項 學位論文	7
第二項 專論書籍（含教科書）	11
第一款 日本	11
第一目 伊藤正次(いとう まち つぐ)日 本型行政委員會制度の形成－組織 と制度の行政史	11
第二目 森田朗 會議的の政治學	11
第三目 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕－行 政組織法	12
第四目 川井健，専門家の責任	12
第五目 日本刑法教科書	13
第二款 英國	14
第一目 K.C Wheare F .B .A，Government By Commission	14
第二目 Gerald Rhodes,Committees of Inquire.....	14
第三目 Richard A Chapman主編The Role of Commissions in Policy Making.....	15
第四目 Trevor Buck,Davis Bonner Roy Sainsbury,Making Social Security Law-The Role and Work of the Social Security and Child Support Commissioners.	15
第五目 Denis Keenan,Smith and	

	Keenan's,English Law (Text and Cases)	15
第六目	Jackson & Powell on Professional Negligence	15
第七目	Peter Leyland & Gordon Anthony,Text book on Administrative Law	16
第八目	H.W.R Wade & C.F Forsyth,Administrative Law	16
第九目	其他英國行政法教科書	16
第十目	綜合評述	17
第三項	政府委託研究計畫與年報	17
第一款	許慶復教授主持研究，行政委員會組織與功能之研究（1994年）	18
第二款	陳敦源教授主持研究，全民健康保險監督會未來運作機制規畫之研究(2006年)	18
第三款	白忠志「論新刑法公務員定義變更後之影響」	19
第四款	Sir Andrew Leggatt Report.....	19
第四項	政府回應計畫文獻	20
第一款	日本審議會合理化縮減基本計畫（平成11年4月27日）	20
第二款	Transforming Public Services : Complaints,Redress and Tribunals (July 2004)	20
第五項	學術論文	20
第六項	綜合評述	22
第三節	研究方法與進行步驟	22
第一項	研究方法	22
第一款	分析研究法	22
第二款	比較研究法	23
第三款	裁判研究法	24

第四款	社會研究法	25
第五款	文獻研究法	25
第二項	進行步驟	26
第一款	廣泛收集相關文獻並判讀分析	26
第二款	進行實地參訪	26
第三款	將研究成果適時交流	26
第四款	隨時注意社會新近之發展修訂研究計畫	27
第四節	研究主題之定位內容與架構	27
第一項	研究主題之定位與分析	27
第一款	外聘委員概念之界定	27
第二款	外聘委員參與國家事務之法理基礎	27
第三款	機關外聘委員之類型化之分析與建構	28
第四款	外聘委員之權利義務	28
第五款	外聘委員之責任	29
第六款	外聘委員之監督	29
第七款	外國法制之借鏡－以英、日委員會中心	29
第二項	研究內容與架構	30
第二章	機關外聘委員概念之界定.....	33
第一節	機關外聘委員之概念	33
第一項	機關外聘委員並非公務人員法制意義下之公務人員	34
第二項	機關外聘委員係以其專門知識或技能就其專業服務於國家之人員	35
第三項	機關外聘委員須依法規參與國家事務	36
第一款	依法律參與者	36
第二款	依法律授權之法規命令參與者	38
第三款	依行政規則參與者	39
第四款	小結	39
第四項	外聘委員之任務	40
第五項	外聘委員之產生	41
第一款	一般遴聘程序	41
第二款	特別遴聘程序	41
第六項	外聘委員與合議制機關之委員不同	42

第二節 外聘委員產生之歷史背景與特色	43
第一項 多元社會下之產物	43
第二項 私人參與	44
第一款 專家	46
第一目 專家之概念	46
第二目 專家與專業人士	47
第三目 專家與專業人士在行政程之中之參與	50
第二款 學者	52
第三款 公正人士	53
第四款 利益團體代表	54
第五款 政黨推薦代表	55
第三項 強調專業的表現	57
第四項 紀律與倫理規範之遵守	58
第一款 紀律	58
第二款 倫理規範	59
第三款 小結	60
第五項 職務行使之獨立性	61
第一款 權力分立下之獨立	61
第二款 外聘委員之獨立	61
第三款 獨立之內涵	62
第三節 制度運用之批評	63
第一項 護航—行政的保護傘	63
第二項 分割責任（卸責）的工具	64
第三項 制度外之干擾因素	66
第四項 運作過程遭質疑	67
第五項 遴聘易受政治影響	67
第四節 外聘委員之法律定位	68
第一項 概說	68
第二項 外聘委員在行政法之地位	69
第一款 外聘委員在行政組織法之地位	69
第一目 行政委託（公權力委託）	70
第二目 行政助手	72

第三目	專家參與	73
第四目	依法律規定履行法定義務之人	74
第五目	小結—私人參與公共事務概念之比較	74
第三項	外聘委員在刑法之地位	76
第一款	我國刑法修正前後公務員之概念	77
第一目	修訂前公務員之概念過於廣泛	77
第二目	修正後解釋上之困難	78
第二款	公務員概念之比較法觀點：德國、日本與聯合國公約	79
第一目	德國刑法公務員概念	80
第二目	日本刑法公務員之概念	81
第三目	聯合國公約	83
第四目	小結	83
第三款	專家學者參與公共事務是否為我國刑法上之公務員	84
第一目	外聘委員是否為刑法第10條第2項第1款後段所稱之「公務員」	84
第二目	外聘委員是否屬於刑法第10條第2項第2款之公務員	87
第三目	小結	87
第四項	外聘委員與專家參審	87
第一款	概說	87
第二款	司法院「專家參審試行條例草案」之概述	88
第一目	立法目的	88
第二目	專家參審案件之種類	88
第三目	參審官之資格	90
第四目	參審官之責任	91
第三款	外聘委員與專家參審之異同	91
第四款	小結	93
第五項	外聘委員與行政委員會之委員	93
第一款	行政委員會之形成背景	93

第二款 行政委員會之定義	95
第一目 行政機關以外獨立之行政委員會	96
第二目 行政機關內部設立之行政委員會	97
第三款 行政委員會之類型	98
第一目 學者之分類	98
第二目 本文之分類	100
第四款 我國現行制度之觀察－以獨立機關委員 會之委員為中心	101
第一目 我國各獨立機關委員會及委員概觀	101
第二目 委員會成員與人數	102
第三目 委員之任命程序	103
第四目 獨立機關委員之政黨背景限制	103
第五目 獨立機關委員之行爲規範	105
第五款 小結	107
第三章 機關外聘委員參與國家公共事務之法理基礎	109
第一節 前言	109
第二節 行政的技術化	110
第三節 行政的專業化	111
第四節 民主原則	112
第五節 公益與效率之考量	115
第一項 公益	116
第二項 效率	117
第六節 私人參與公共任務	118
第四章 機關外聘委員類型化之分析與建構.....	121
第一節 前言	121
第二節 分類標準	122
第一項 比較法之視野觀察	122
第一款 英國	122
第二款 日本	123
第二項 功能任務取向	124
第三項 意見內容是否具有法效性（或拘束力）	124
第四項 組織型態取向	125

第五項 參與時間之性質	125
第六項 專職委員與兼職委員合議組成	126
第三節 我國外聘委員之類型化分析與建構	127
第一項 諮詢委員	127
第一款 政策之諮詢	128
第一目 經濟發展諮詢委員會	129
第一目 政府改造委員會	130
第三目 對政策諮詢委員之檢討與評述	130
第二款 法令解釋之諮詢	132
第一目 行政院及各部會法規委員	132
第二目 法務部行政程序法及行政罰法諮詢 委員	132
第三目 對法令諮詢委員之檢討與評述	133
第三款 個案意見之諮詢	134
第一目 我國個案諮詢之現狀	134
第二目 對個案意見諮詢之檢討與評述	135
第四款 小結	136
第二項 審議委員	137
第一款 參與行政處分作成之審議委員	137
第一目 行政院公民投票審議委員會委員	137
第二目 民間參與公共工程甄審委員會委員	139
第三目 政府採購評選委員會委員	140
第四目 環境影響評估審查委員會委員	142
第二款 公共政策與公共費率審議委員	144
第一目 公共政策審議委員	144
第二目 公共費率審議委員	145
第三目 計畫或規劃審議委員	147
第四款 小結	149
第三項 爭議裁決委員	150
第一款 行政救濟傳統型	151
第一目 訴願委員	151
第二目 國家賠償審議委員會委員	154
第三目 藥害救濟審議委員	156

第四目 衛生署全民健康保險爭議審議委員	158
第二款 申訴委員	158
第一目 機關內部成員之申訴	159
第二目 行政機關介入私人紛爭之申訴委員	160
第三目 私人對機關決定之申訴委員	161
第三款 仲裁委員	162
第一目 仲裁委員會之任務及組成	162
第二目 仲裁委員之資格	163
第三目 仲裁委員會之會議及決議	164
第四款 小結	164
第四項 調解委員	165
第一款 鄉鎮市調解委員會委員	166
第二款 公害糾紛調處委員	167
第三款 著作權審議調解委員會	167
第四款 積體電路電路布局鑑定調解委員	168
第五項 監督管理委員	168
第一款 基金管理運用之監督委員	169
第一目 行政院金融重建基金管理委員會	170
第二目 國立大學校務基金管理委員會	170
第三目 土壤及地下水污染整治基金管理委員會	171
第四目 勞委會之勞工退休基金監理委員會	171
第五目 小結	172
第二款 特定行政事務之監督委員	172
第一目 交通部道路交通安全督導委員會	173
第二目 財政部公益彩券監理委員會	173
第三目 環保署稽核認證團體監督委員會	174
第三款 公共安全監督委員	175
第一目 低放射廢料最終處理場聯合監督委員會	175
第二目 行政院原子能委員會核能四廠環境監督委員會	176
第四款 小結	176

第六項 調查委員	177
第一款 行政院飛航安全委員會	178
第二款 經濟部貿易調查委員會	179
第三款 核能事故調查評議委員會	179
第四款 小結	180
第七項 評鑑與鑑定委員	181
第一款 鑑定與評鑑之概念	181
第二款 我國有關評鑑與鑑定委員會（委員）	182
第三款 鑑定與評鑑委員問題檢討與評述	183
第一目 高等教育評鑑之組織與依據	183
第二目 評鑑委員之遴聘及其評述	187
第八項 典試委員	188
第一款 典試委員會之組織與成員	189
第二款 典試委員之行爲規範	189
第一目 客觀公正之義務	189
第二目 迴避之義務	190
第三目 守密之義務	190
第五章 機關外聘委員之權利義務.....	191
第一節 外聘委員之遴聘	191
第一項 外聘委員遴聘法律性質	192
第一款 公／私學說之爭議	192
第一目 法律之分類（公法與私法有無區別 必要）	192
第二目 公法與私法之區別標準	193
第三目 本文之見解	196
第二款 外聘委員遴聘之法律性質	197
第一目 單方行爲說	197
第二目 經受聘人同意之單方行政行爲說	197
第三目 行政契約說	198
第四目 私法契約說	198
第三款 本文見解	199
第二項 外聘委員之遴聘要件	199
第一款 積極要件	200

第一目	外聘委員應否具備中華民國國籍	200
第二目	外聘委員應否具備一定學歷或專業 證照	200
第三目	外聘委員須否有一定年齡之限制	201
第二款	消極要件	202
第一目	法制面之考察	202
第二目	爭議問題研究	206
第三項	外聘委員之遴聘程序	209
第一款	一般遴聘程序	209
第一目	民間參與公共建設甄審委員會委員 遴聘	209
第二目	政府採購評選委員會委員遴聘	210
第二款	特別遴聘程序	210
第二節	外聘委員之義務	211
第一項	前言	211
第二項	親自參與（出席）之義務	212
第一款	政策或個案諮詢之委員	213
第二款	不服審查型之委員	213
第三款	處理案件型之委員	214
第三項	迴避（禁止偏頗）之義務	215
第一款	前言	215
第二款	外聘委員之迴避義務	216
第一目	外聘委員有無行政程序法迴避規定 之適用	216
第三款	迴避義務之判斷標準—兼論類型化	223
第一目	如何判斷偏頗之虞	223
第二目	偏頗之原因	225
第四款	外聘委員是否為公職人員利益迴避法規 範之對象	228
第五款	外聘委員未迴避之後果	229
第四項	財產申報之義務	230
第五項	禁止程序外接觸之義務	231
第一款	概說	231

第二款	行政程序法第47條規定	231
第三款	評釋	232
第六項	外聘委員名單揭露（資訊公開）之義務	232
第一款	委員名單是否為政府資訊公之內容	233
第二款	可否要求提供會議紀錄及出席委員會名冊	234
第三款	專家學者委員之基本資料	236
第四款	我國實務考察－請求閱覽審查委員名單及專業背景	236
第一目	案例事實	236
第二目	本案之爭點	237
第三目	法院看法	237
第四目	本文見解	238
第七項	嚴守秘密之義務	239
第一款	德國法之規定	240
第二款	外聘委員應否類推適用公務員服務法守密義務之規定	240
第一目	案件處理型之委員	241
第二目	不服審查型之委員	241
第三款	公務機密之認定	242
第八項	不為特定行為之義務	243
第一款	禁止濫權行為	244
第二款	禁止接受招待餽贈	244
第三款	禁止推薦人員及關說	244
第四款	禁止互惠行為	245
第五款	禁止經商行為	245
第六款	禁止為特定政治活動	245
第九項	小結	246
第三節	外聘委員之權利	248
第一項	前言	248
第二項	官、職與務之概念	249
第一款	人事行政實務對官與職之見解	250
第一目	官職分立	250

第二目 官職併立	250
第二款 學者對於職務之見解	251
第三款 本文之看法	251
第三項 無給職	252
第四項 身分保障權	252
第一款 外聘委員之解聘與除名	252
第二款 對於上述規定之評述	253
第三款 外聘委員對於解聘與除名之性質與救濟 途徑	254
第五項 外聘委員因公涉訟輔助權	255
第六項 外聘委員之金錢請求權	257
第七項 職務上使用公物及支出請求權	260
第八項 小結	260
第六章 外聘委員之責任.....	263
第一節 外聘委員責任之理論基礎	264
第一項 責任的概念	264
第二項 責任的類型分析	265
第一款 法律與道德責任	265
第二款 個人責任與替代責任	266
第三款 個體責任、共同責任與團體責任	267
第四款 小結	268
第三項 責任的認定	269
第一款 行政法責任	270
第二款 刑法責任	271
第四項 責任與因果關係之認定	272
第一款 一般因果關係之理論	273
第二款 行政法之因果關係認定	273
第三款 刑法上的因果關係	274
第二節 外聘委員與所參與委員會之關係	275
第一項 委員會的定位	276
第一款 實務上混亂之情形	276
第一目 衛生署全民健康保險審議委員會	277
第二目 犯罪被害人補償審議及覆審委員會	277

第三目	衛生署醫師懲戒委員會	278
第四目	地價及標準地價評議委員會	278
第五目	交通部高速公路局E.T.C甄審委員會	279
第六目	環境影響評估委員會	279
第七目	行政院公民投票審議委員會	280
第二款	學界之看法	281
第三款	本文之看法	281
第二項	委員會與外聘委員之關係	283
第三節	行政法責任	284
第一項	概說	284
第二項	法學方法論之思考	286
第一款	比較法的考察	288
第二款	法律解釋論之思考	288
第一目	外聘委員可否擴張解釋成公務員或 類推適用公務員懲戒法	289
第二目	回歸各該身分之專門職業技術法規 適用	290
第三目	專業法規懲戒之介紹	291
第四目	學者與教師法	296
第三項	行政機關懲罰之機制	296
第一款	現狀與評述	297
第二款	本文建議	298
第四項	公法責任與其他責任之競合	299
第一款	可能的案例及處理	299
第二款	責任的競合	300
第五項	立法論之思考	301
第一款	建立公法責任之必要性	301
第一目	應然與實然之間	301
第二目	面對社會變遷，不能墨守成規	302
第三目	法規範不足，無法實現正義	302
第二款	建議之立法模式	302
第一目	於委員會組織及評審辦法中增訂	303

第二目 增加公法責任之類型	303
第三目 建立外聘委員獨立之責任體系	304
第四節 國家賠償責任	305
第一項 外聘委員參與公共事務可否成立國家賠償責任	306
第一款 執行職務之國家賠償責任探討	306
第一目 外聘委員是否為國家賠償法之公務員	307
第二目 外聘委員參與公共事務是否「執行職務行使公權力」	308
第三目 外聘委員之行爲須屬「不法」	310
第四目 外聘委員執行職務須有故意或過失	312
第五目 外聘委員之行爲與結果之間須有因果關係	312
第二款 怠於執行職務之國家賠償責任	313
第一目 怠於執行職務	313
第二目 外聘委員成立此類型的國賠可能性探討	314
第四目 小結	315
第二項 本土案例之考察與評述	315
第一款 東森電視S台不予換照案	316
第一目 案例事實	316
第二目 本案爭點分析與判決要旨	319
第三目 判決評析	322
第四目 小結	327
第二款 遠東電收E.T.C案	327
第一目 案例事實	327
第二目 本案爭點及判決要旨	328
第三目 判決評析	330
第四目 小結	332
第五節 刑事責任	333
第一項 問題之提出	333
第二項 以外聘委員爲刑法公務員之論證	335

第一款	刑法公務員之概念	335
第一目	公務員作為犯罪行為主體與行為客體	335
第二目	界定刑法公務員資格之標準	338
第二款	公務員職務罪的不法內涵與保護法益	341
第一目	德國法之發展	342
第二目	日本學者見解	343
第三目	我國學界之見解	343
第四目	本文之看法	344
第三款	外聘委員刑法身分之判斷	344
第一目	實務見解	344
第二目	學界見解	345
第三目	本文見解－解釋論上的嘗試	346
第三項	外聘委員非刑法公務員之思考	348
第一款	專業人士在多元變遷社會之角色	349
第二款	立法用語不明確，造成解釋之困難	350
第三款	事物本質／平等原則之檢驗	350
第四款	有關共犯之問題	351
第四項	從新歸零的思考－立法論之建議	352
第一款	立法論的背後理論思考	353
第二款	可能的立法模式建議	354
第一目	總則之立法模式思考	355
第二目	分則上之思考	356
第五項	本土案例之考察與評述	362
第一款	南科高鐵減震工程案	362
第一目	案例事實	362
第二目	判決要旨（針對外聘委員身分）	363
第三目	評析	365
第二款	高雄捷運公開六標案	369
第一目	案件事實	369
第二目	判決要旨（針對評決小組成員身分）	372
第三目	判決評析	377

第三款	高雄地方法院改興建招標案	390
第一目	案件事實	390
第二目	判決要旨（針對評選委員身分認定 部分）	391
第三目	判決評析	392
第四款	南港展覽館新建工程案	394
第一目	案例事實	394
第二目	本案爭點與判決要旨（針對外聘委 員身分）	395
第三目	判決評析	399
第五款	小結（四案之比較分析）	402
第七章	機關外聘委員之監督	403
第一節	監督之理論基礎	403
第一項	監督是國家政治運作之必要機制	404
第二項	監督可以減緩或防止公權力之腐敗	404
第三項	監督是保證現代國家正常運作的重要管道	404
第二節	體制內之監督方法	405
第一項	國會監督	405
第一款	對委員會及成員之法令監督	405
第一目	立法否決	406
第二目	同意權保留（事前同意）	407
第三目	國會聽證或報告	407
第四目	單純送置義務	408
第二款	對委員會及成員之職權監督	408
第一目	質詢	408
第二目	文件調閱權	409
第三目	決議	410
第四目	調查權	410
第二項	司法監督	410
第一款	司法審查之背景	411
第二款	不確定法律概念、判斷餘地與裁量	412
第一目	立法者使用不確定法律概念之合憲 性	413

第二目	判斷餘地之審查密度	415
第三目	裁量與概括授權	415
第三款	專業委員會之決定與司法審查	416
第一目	獨立專業委員會之判斷餘地	416
第二目	法院如何面對委員會之行政專業判 斷－兼評實務所建構之司法審查密 度（基準）	417
第三目	對於實務建構上之司法審查密度之 質疑	419
第四目	小結	421
第四款	對專家委員會決定爭訟之立法論思考	422
第一目	避免造成誰是專家之困擾	423
第二目	基於公益及效率之考量	423
第三目	委員會審查程序正當性已要求	424
第四目	對於委員會決定逕提行政訴訟之疑 慮	425
第三項	行政監督	425
第一款	內部監督	425
第一目	出席紀錄考核	425
第二目	倫理約束	426
第三目	限制委員參與公共事務有關之營利 活動	427
第四目	限制不當使用政府未公開資訊	427
第二款	外部監督	427
第一目	委員會的資訊公開	428
第二目	程序的公正運作	429
第三款	小結	429
第三節	行政法院裁判實務考察－以司法審查為中心	430
第一項	交通部高公局電子收費系統	430
第一款	事實概要	431
第二款	爭點整理	431
第一目	台北高等行政法院撤銷甄審結果	431
第二目	交通部高公局上訴理由	432

第三目 遠通電收公司上訴之主張	432
第四目 最高行政法院見解	433
第三款 本案判決分析評述	434
第一目 組織地位與程序適正之審查	434
第二目 甄審委員會決定之實質審查	436
第二項 環境影響評估委員會	437
第一款 案例背景	437
第二款 中科七星農場環評案	439
第一目 案例事實	439
第二目 原告主張	439
第三目 台北高等行政法院之見解（針對司法審查）	441
第四目 最高行政法院之見解	442
第三款 本案判決分析與評述	443
第一目 國家面對風險時代來臨應有何作為	443
第二目 司法在面對國家重大開發案時審查密度為何	444
第八章 外國法制之借鏡－以英日委員會為中心.....	447
第一節 前言	447
第二節 英國－以紛爭裁決所為中心	447
第一項 行政裁決所之概念	448
第二項 行政裁決所之功能	449
第一款 行政裁決所專業性	449
第二款 行政裁決所的獨立性	450
第三款 行政裁決所的簡便性與非正式性	450
第四款 行政裁決所的經濟性	450
第五款 行政裁決所的靈活性	451
第三項 行政裁決所之類型	451
第一款 政治庇護與移民裁決所	452
第二款 照護與心理健康裁決所	453
第三款 慈善事件裁決所	453
第四款 消費者信用申訴裁決所	453
第五款 刑事傷害賠償金上訴裁決所	454

第六款	教育裁決所	454
第七款	勞資裁決所	454
第八款	運輸裁決所	455
第九款	社會保障裁決所	455
第一目	SSCSA	455
第二目	退職金上訴裁決所	455
第三目	社會保障和兒童扶助委員會	456
第四項	行政裁決所近期的重大改革（2000～2010）	456
第一款	改革背景	456
第二款	近日改革成效	458
第五項	英國改革對台灣的啓示	461
第一款	我國行政爭議裁決機構（委員會）之現 狀	461
第二款	英國行政裁決所改革對台灣之啓示～代 結論	462
第一目	概說	462
第二目	結論－立法論上之建議	467
第三節	日本	469
第一項	日本審議會之現狀	469
第二項	日本審議會之類型	473
第一款	政策提案型	473
第二款	不服審查型審議會	474
第三款	案件處理型審議會	474
第四款	小結	474
第三項	審議會之成員	475
第四項	日本審議會之改革	476
第一款	審議會之縮減	477
第二款	審議會組織委員建制	478
第一目	委員數	478
第二目	勤務型態	478
第三目	委員、臨時委員、特別委員以及專 門委員的資格要件	479
第四目	委員組成與選任	479

第三款 審議會之運作	479
第一目 審議會之議程	480
第二目 資訊公開	481
第五項 日本改革對我國之啓示	481
第九章 結論與建議.....	483
第一節 宏觀面的制度考察與建議	483
第二節 微觀面的結論與建議	486
主要參考資料.....	1
一、中文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）	1
二、英文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）	14
三、日文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）	17

圖目錄

圖2-1	學者概念分析圖	53
圖2-2	專家學者參與委員會事務圖	65
圖2-3	外聘委員干擾因素圖	66
圖2-4	委員會在行政決策中之角色分類	99
圖2-5	委員會之功能與目的分類	99
圖2-6	機關型與內部單位型之行政委員會	100
圖4-1	申訴類型圖	159
圖4-2	大學評鑑法律爭點圖	184
圖6-1	機關行使懲罰機制圖	297
圖6-2	外聘委員定位圖	304
圖6-3	高雄捷運公開六標案簽約過程爭點分析圖	378
圖6-4	高雄捷運公開六標案評決小組成員身分判定圖	378
圖6-5	高雄捷運公開六標案評決小組職掌圖	383
圖7-1	不確定法律概念、判斷餘地與裁量圖	412
圖7-2	不確定法律概念圖	414
圖7-3	專家在不確定法律概念之運用圖	415
圖8-1	日本國家機關審議會設置數量變遷圖	471
圖8-2	日本國家機關審議會名稱與數量圖	472
圖8-3	日本審議會類型圖	475

表目錄

表2-1	機關外聘委員分類略表	40
表2-2	專家與專業人士概念區辨表	50
表2-3	行政委託、專家學者外聘委員與行政助手比較表	75
表2-3	我國現行獨立機關比較表	101
表2-4	法官超出黨派之學說匯整表	106
表4-1	諮詢委員類型表	136
表4-2	審議委員類型表	150
表4-3	爭議裁決委員類型表	164
表4-4	調解委員類型表	165
表4-5	監督管理委員類型表	177
表4-6	調查委員類型表	180
表4-7	評鑑、鑑定委員類型表	182
表5-1	公法與私法學說區分表	195
表5-2	公職人員利益衝突迴避法罰則表	229
表5-3	公務員與外聘委員義務之比較表	247
表5-4	公務員與外聘委員權利之比較表	260
表6-1	四種專業人士懲戒規定表	293
表6-2	機關外聘委員刑法身分之認定表	347
表6-3	公務員修正條文及修正理由表	356
表6-4	外聘委員刑法身分認定表	402
表7-1	行政法院對專家學者組成委員會決議案件司法審查密度一覽表	421
表7-2	環境影響評估委員重大議題爭議案表	438
表8-1	裁決所改革政府白皮書時程表	457
表9-1	外聘委員刑法身分認定爭議表	501

第一章 緒論

第一節 研究背景及研究目的

第一項 問題背景

廿世紀後半期社會呈現多元化與專業化之趨勢，相較於單純的傳統農、工、商社會，可謂一日千里。進入廿一世紀網路的發達，科技應用的資訊商品左右了經濟，也影響了人民的生活型態，所以現代社會亦可稱為「資訊社會」(information society)。同時，伴隨著風險時代的來臨，諸如核能輻射、大哥大基地台電波的危害、食品基因以及環境開發帶來的風險(Risk)，都嚴重影響人民的生命、身體及財產，面對此遽烈的轉變，國家的角色相形之下所面對的挑戰也與傳統國家的任務有所不同¹。官僚行政組織在處理現代社會的行政事務相較於其他組織雖然具有明確性、穩定性及紀律嚴格(hierarchical)及可信賴性，但是專業性及民主參與的要求却無法滿足人民之期待，於是以獨任制機關為主的官僚組織被迫必須引進更多的專業及傾聽人民的意見。於此思維下，專家參與的委員會因應而生，其成員本身具備有專門知識，來源則為各領域之專家，學者或公正人士；特殊情形下亦有代表本身利益成員加入²，所組成的團體則稱為「委員會」(commision;committee)；然而委員會之類型有為行政機關型，即直接分擔傳統官僚組織之任務者，以我國為例，晚近成立之行政院轄下的「獨立機關」如金融監督管理委員會、國家通信傳播委員會³即屬之，但有一些委員會則係在機關內部扮演諮詢、甄審(評選)、監督、調查、爭議仲裁、調解、協

¹ Bertelli,Anthony M,Governing the Quango:An Auditing and Cheating Model of Quasi-Governmental Authorities,"JPART"16,P239 (2005)；此外，行政之專業化是行政的發展趨勢，傳統以干預警察行政演變到給付福利行政，晚近行政任務，則須面對專業之分殊化(醫學、科技、環保...等)、資訊暨網絡化、全球化及風險社會等議題，參翁岳生，行政的概念與種類；黃錦堂，行政法的發生與發展，收於翁岳生編行政法(上)，2006年10月，頁29，44~48。

² 例如勞委員之勞工退休基金監理委員之二十一委員中除專家學者十人外，勞工團體推薦五人，二人雇主團體推薦，其中勞資雙方即代表各別之利益團體(interest group)，參勞工退休基金監理會設置條例第5條(96.3)。

³ 行政院金融監督管理委員會成立於2004年；行政院國家通訊傳播委員會成立於2006年。

調及評鑑及調查等行政事務⁴，而其組織規範及法律效果則不一，傳統官僚組織之獨任制模式幾乎被無所不在的「委員會」所取代，甚至可說已達到「委員會治國」(Governance by Commission)的地步⁵，此種現象之興起，究竟對人民會有利抑或衍生更多的問題？

長久以來，專家學者參與公共事務受到行政部門的重視與推崇，然而專家參與在運用上亦有一定的限制與範圍，換言之，專家參與亦有一定之缺陷與侷限，故有人批評，專家只是「鑽牛角尖」「知偏不知全」「見樹不見林」的人，專家與專斷僅係一線之隔⁶，運用過當將會產生偏頗畸形的現象⁷。又曾任德國聯邦行政法院院長 Horst Sendler 亦謂，借助專家的方式，有其界限，因為專家本身亦常受利益拘束，故其公正性常受質疑，而且經由專家的鑑定，相反鑑定再鑑定可能更混亂，人們亦可能掌控專家⁸，因此當專家參與成爲一種趨勢，而法制又缺乏完備規範時，隨之而來，亦引發不少問題，以民間參與公共建設及政府採購案爲例，許多專家學者以私人身分參與國家甄審評選委員會，其意見或決定往往左右國家重大建設案，以及額度相當高的政府採購，卻也引來相當大的批評。

雖然，引進專家學者參與公共事務雖有其正面之意義，但晚近從司法實務判決中亦發現不少問題，諸如外聘委員之操守遭到質疑，在參與的過程中有收受金錢、護航或嚴重偏頗之虞，嚴重影響機關之形象⁹。

面對種種質疑，此究係「專業的墮落」或者制度上出現了問題？如何設計良善的制度以降低其危害雖爲當務之急，但總體的法制規範以及專業倫理規範

⁴ 例如晚近國家採取「民營化政策」引進民間參與公共建設，則有民間參與公共建設委員會之成立，其職掌爲負責甄審及評選最優申請人與主辦機關簽約，其具法效性不言可喻；至於政策個案之諮詢則不具法律效果。

⁵ 依筆者實證研究結果，以中央內政行政爲例，有委員會組織規程之「委員會」即高達 30 幾個，含蓋區域計畫、都市計畫、身心障礙保護、宗教事務、地價及標準地價、土地徵收、政黨審議、老人福利促進、家庭暴力及性侵害防治、消防技術、社區重建、公地放領、國家公園計畫、替代役、消防教育...等委員會；至於地方之委員會更是無所不包，如動物保護、樹木保護珍貴動產均成立委員會，筆者懷疑，成立如此之多的「委員會」在行政效率 (Administrative efficacy) 之要求下是否能符合民意之要求，頗有疑義。

⁶ 李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007 年 2 月 3 版 1 刷，頁 150。

⁷ 雲五科學大辭典第七冊行政學，1989 年 1 月 7 版，頁 7。

⁸ 陳春生，行政法之學理與體系(一)－行政行爲形式論，台北，三民，1996 年，頁 146。

⁹ 相關之實務裁判台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決 (高雄捷運公開六標)；台北地方法院 97 年度矚字第 4 號刑事判決 (南港展覽館案).....等。

建立亦不可或缺。

除此之外，有關甄審委員參與公共建設案之評選，在行政法委託專家學者擔任行政任務之風潮下，對於刑法上公務員之認定是否有相當程度之影響，不僅學界及實務未有共識，甚至各執一詞¹⁰，如何透過跨領域的對話，共找尋出解決的之方法論，以建構安定的法秩序，實為當務之急。

再以行政院環保署環境影響評估審查委員會為例，其係由委員二十一人組成，其中專家學者十四人及機關代表七人，依遴選要點各專業領域可有一委員名額，有謂環評會係主管機關不願直接面對開發單位關說及壓力而設的逃避機制¹¹，亦可能是決策者因為專業知識之不足導致對於專家盲目的信賴，其中成員（外聘委員）以支領微薄出席費或審查費，對動輒數千億的開發案作裁決¹²，將形成「位高權重」之超部會級委員會，此種制度之設計是否妥適都有必要進一步檢討改革。

面對此種現象，我國行政法之研究對此似乎顯少關注¹³，此或許受外國法或主流教科書之影響¹⁴不得而知，但可確定者是，晚近人權保障之趨勢在基本人權方面亦強調組織及程序之保障功能，亦即國家有提供適當組織與程序的義

¹⁰ 此乃由於 2006 年 7 月 1 日新修正刑法之施行，原來刑法第 10 條第 2 項公務員之定義改採限縮分成 2 款，依此乃產生「專家學者外聘委員是否為刑法公務員？」之爭議。

¹¹ 胡思聰，重新建構環境影響評估制度，載於國家政策研究基金會，國政評論，2007 年 5 月 25 日。

¹² 諸如近日爭議甚大的蘇花高環境影響評估（2008 年 3 月 4 日），後續還有台塑鋼國光石化、彰工及大林電廠等具有高度爭議性之環評案尚待審查。

¹³ 傳統行政法之研究以行政行為為中心，相較於此，行政組織等現象的探討則較少，以專家參與的委員會為例，少有文獻探討，近 30 餘年來，僅黃振成，行政機關中委員會的功能及其運用之研究（1977 年政治大學公共行政研究所碩士論文）；陳志華，內政、財政、經濟、交通四部專設委員會的組織與運作（1987 年台灣大學政治研究所博士論文）；許永煌，美日行政委員會之研究（1990 年中興大學法律研究所碩士論文）；許慶復主持研究「行政委員會組織與功能之研究」（1994 年研考會委託研究案）；盧柏岑，私人參與組織的行政委員會（1995 年台灣大學法律研究所碩士論文），藍健誠，合議制行政組織類型與成員建制之研究－以高雄市政府為例，（2000 年中山大學政治學研究所碩士論文），然隨著行政組織之調整變化，委員會之數量有「不降反升」的趨勢。

¹⁴ 吳庚教授於其著作中曾謂：「行政組織法在坊間多數之行政法教科書中，常占較多篇幅，以致於行政法與其他學科界限不清，例如從各從行政機關之組織編制從總統府、行政院到直轄市...不僅與「憲法」「中華民國政府」「地方政府」內容重覆...實毋庸贅辭，本書仿歐陸行政法教科書體例，僅對行政組織在法理上具有共同性之概念、類別及法律所規定之原則加以說明」參氏著行政法之理論與實用，頁 196，2007 年（增訂 10 版）；另「行政組織法的發展相較於行政法其他領域（如作用法、救濟法），除較不受重視外，在法學緒論的進展亦相當有限」，參林明鏘，歐盟行政法－德國行政法總論之變革，2009 年，台北，新學林，頁 150。

務，以營造一個適合實現基本權的環境，幫助人民基本權之實現，尤其國家會如何形成組織以及人民如何使用這些組織¹⁵，尤其組織模式之適法性、成員、行為規範都攸關人民基本權之實現，事實上行政組織問題與行政活動二者不能分立，要了解行政機關的活動，首先應了解組織之結構與成員，是故行政法之研究上無法迴避此一問題。

第二項 研究目的

由於專家、學者、公正人士所組成的委員會，其成員有一半或部分為民間人士，此種官民合作之模式與傳統經由依法考銓並經法定程序任命之公務員在本質上並不相同。公務員有一定法制的適用，但此等機關外聘委員其身分為何？介於官民之間究應如何適用或準用法制，尤其公務員相關法制，諸如公務員服務法、公職人員財產申報法、公職人員利益衝突迴避法、公務人員因公涉訟輔助辦法...等，是否僅因該等委員非公務員而無適用？有無類推適用或準用之可能？抑或有獨立立法之可能性？凡此我國法制上尙未意識此一現象，對於專家學者公正人士參與國家行政事務，而衍生其法律地位之爭議也因目前法制付之闕如而有待進一步研究¹⁶。

其次，如何將「機關外聘委員」（非官僚體制內之專家學者）定性？首先，機關外聘委員是否為刑法上之公務員？此關係到若因介入國家公共事務涉有收受廠商業者饋贈、賄賂，是否構成貪污治罪條例的罪責或刑法上圖利罪抑或背信罪¹⁷？外聘委員依法執行職務時，遭施暴脅迫時，該施暴者是否成立刑法第 135 條之妨害公務罪？再者，此涉及我國於 2006 年 7 月 1 日新施行之刑法，關於公務員之概念，於第 10 條第 2 項第 1 款及第 2 款之解釋，學術界見解紛歧¹⁸，

¹⁵ 許宗力，基本權的功能與司法審查，收於國科會研究案例—人文及社會科學第 6 卷第 1 期，頁 30 以下；法治斌、董保城合著，憲法新論，2005 年 10 月三刷一刷，頁 139~140。

¹⁶ 可喜的是，筆者從 2006 年六月開始關注此議題，迄 2007 年 12 月已有類似的學術研討會及對話，與本論文有關者，參公法與刑事法學的對話系列(一)，其中相關之研討主題為行政法和刑法在公務員責任體系的交錯（第二場），以及 BOT 個案的評選過程與刑事責任（第三場）相關文獻，載於台灣本土法學 102 期、103 期，2008 年 1 月及 2008 年 2 月。

¹⁷ 舉例言之，交通部高速公路局電子收費系統弊案（簡稱 E.T.C 案）台北地檢署調查重點之一，即 E.T.C 甄審委員有無獲業者致贈新店湯泉別墅大廈，此涉及外聘委員究應如何定位之問題，是否為公務員更影響其罪名，關係重大，相關新聞報導，參聯合報，2006.9.1，A4 版。

¹⁸ 相關文獻請參閱甘添貴，刑法上公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌，92 期，2003 年 1 月，頁 26 以下；許玉秀，公務員概念之適用問題—適用第 16 次修正刑法之實務研究，載

實務上或有疑問¹⁹，也引發了相當的討論。外國有無可參酌比較之處？亦是本論文關懷的重心²⁰。此外，外聘委員是否為國家賠償法上之公務員？若因其依法執行職務致使人民權利受損害，國家應否負起賠償責任？此時國家與外聘委員之關係為何？若成立，究係直接評價成國家賠償法第 2 條第 2 項之公務員或第 4 條受委託行使公權力之個人於執行職務行使公權力，視同委託機關之公務員？目前因法制上均付之闕如僅能仰賴於文義、立法或司法解釋，致學說迭有爭議。尤其晚近私人（專家、學者）介入行政機關協助機關處理相關業務或為諮詢或為甄審評選或為爭議仲裁日益增多，除了賦予這些專家學者一定之任務外，其相對應之權利義務與責任，若非不明確即是簡單之訓示規定²¹，面對層出不窮的弊案及疑質，法制或司法裁判實務應如何回應此一現象，於法學之研究上此究係立法論或解釋論之領域，尚待進一步觀察。再者，傳統官僚（科層）體制內適用於依法任用之公務員法制是否可適用（或類推適用）於外聘委員？此涉及到是否有重新立法之必要及法解釋學上如何闡釋公務員此一概念等相關問題均應予一併思考。

此外，從組織運作的角度言，國家應選擇何種治理之模式，須隨著時代的演變²²，行政具有廣泛、多樣且不斷形成社會生活的特徵，其目的在處理公務事務，在目前社會多元化與專業化的時代潮流中，行政的類型化與細緻化導致傳統官僚組織內之公務員疲於應付，因而求諸於專家。然而，當專家與官僚組

於法官協會雜誌，第 8 卷第 2 期，2006 年 12 月，頁 133 以下；吳耀宗，評析新修正刑法之公務員概念，警大法學論叢集，11 期，2006 年 3 月，頁 121 以下；鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，載於月旦法學雜誌（NO137），2006 年 10 月；林雍昇，新刑法公務員概念與範圍之再商榷；台灣本土法學 102 期，2008 年 1 月，頁 192 以下；林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動之理論初探—以德國法制為借鏡，載於台灣本土法學 103 期，2008 年 2 月，頁 179 以下。

¹⁹ 關於刑法第 10 條第 2 項公務員概念之解釋將影響其罪責之成立，其中以本文所關心之「外聘委員」究係公務員或是以私人專業參與，同時須跨越行政法與刑法之鴻溝並展開對話，實務界亦意識到此問題，參新修正刑法相關問題學術研討會提案，載於法官協會雜誌第 8 卷第 2 期，2006 年 12 月。

²⁰ 山中敬一，刑法各論 II，成文堂，2004 年 9 月 20 日初版一刷，頁 710~712；曾根威彥，刑法各論，第三版補正二版；弘文堂，平成 17 年 4 月 15 日（2005 年），頁 296。

²¹ 以規範尚稱完整之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評選辦法」（94.12.23 修正）亦僅規定，外聘專家、學者人數不得少於二分之一（參該辦法第 4 條第 2 項）；外聘委員應公正辦理甄事宜並規定迴避事由（同辦法第 6 條、第 7 條）；保密規定（同辦法第 10 條）。

²² Bertelli, Anthony M, Delegation to Quango: Ex Ante and Ex Post Ministerial Constraints, Governmental, 19(2), P229 (2006); Dohler, Marian, Institutional Choices and Bureaucratic Autonomy in Germany, West European Politics, 25 (1), P 101 (2002)。

成的委員會其合作並非毫無問題，可能來自於專家對「專業的堅持」與官僚對「行政任務之達成」及「施政績效的壓力」之認知不同，而造成棄守專業、隱忍配合或互相推諉卸責之現象²³，時至今日是到了對此外聘委員參與國家事務運作制度之良窳檢討之時刻。

另一個現象是專家（外聘委員）常為機關之遮羞布²⁴或行政之保護傘，行政官僚為了符合行政民主化及專家之參與，官樣式的聘請配合度高的專家學者，於此情形下造成業務順利推動，但「專業」無從發揮，留下的僅是徒具形式的參與，形成受聘委員向機關靠攏、悖於民意，違反專業之畸形現象。再者，對於專家遴選的方式並無一致之標準，專家之界定或來自於首長的喜好或私交，或來自於業務承辦公務員之師生關係，如何建立一套客觀公正之遴選機制²⁵，亦為探究此一制度不可不面對者。

基於上述問題，我國目前有關之研究相較於其他行政法議題，不管在外聘委員之定位、權利、義務、責任以及此制度影響之論述少有資料²⁶，可尋繹者僅限於散見於各別的組織法制，而彼此間類型龐雜規範不一，對此囿於現行法制是否有若干疏漏與尚待釐清之處，引發了本論文研究的動機。此研究將以下一節所提出來的研究方法、內容與架構為基礎，深入探討我國外聘委員（專家參與）之現行制度（含公共行政與法制）形成的各種問題與實務爭議，試圖提出法理層次之論證，以及未來合理的解決方法，因此亦將檢討我國現行法制規範並予評估其規範之實益，最後將提出未來立法政策上制定或修法參考之具體

²³ 以台灣高鐵為例，由學者專家所組成的「履勘委員會」其成員包括土木、機電等專家，對於履勘結果履勘委員於媒體發表公開信「生命無價，政府應盡高鐵把關之責」交通部則回擊指履勘委員應「本於學術良心、專業客觀」不該批判未發生的事，相關新聞參聯合報 2006.12.21.A2。

²⁴ 日本塩野宏教授認為，調查審議的委員會常被認為是「政府的遮羞布而成為爭論的對象」，參氏著，行政法Ⅲ，行政組織法（第三版），2008年有斐閣，頁76～77。

²⁵ 晚近，行政院公共工程委員會針對最有利標決標案件加強管考，並強化監督評選委員之遴選機制，建置最有利標案管理系統，各機關辦理依政府採購法第94條成立採購事件評選委員會者，應優先自上開系統篩選建議名單遴聘專家學者；惟如確屬未能自該建議名覓得適當人選得敘明理由，自專家學者資料庫或另行遴選後報首長或授權人員核定。參行政院公共工程委員會，工程企字 09500335000 號函。

²⁶ 相較於此，筆者審閱日本文獻，較詳細者有塩野宏，前揭書，頁76～82；在論及專家參與之相關有專書之介紹，諸如井川健編，專門家の責任（Professional Liability），日本評論社，1993年12月；亘理格著，公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較，弘文堂，平成14年5月30日；高木光著，技術基準と行政手続，弘文堂，平成7年3月30日。

建議²⁷，此即本論文之研究動機所在。

第二節 文獻回顧與評述

行政機關內部設立之委員會歷史悠久，此涉及行政學、社會學、政治學及行政法學之領域，然而過去文獻所關懷者大都為「委員會」之組織、運作與功能，鮮少有針對「人」即委員為對象。僅在研究委員會的同時偶爾亦會旁及在委員的初淺概念。晚近由於委員所參與之委員會所作成之決定或決策造成行政處分相對人權利侵害，進而對於組織成員的資格、選任及決策模式、委員個人資訊公開，甚至犯罪行為提出該行政行為合法性之質疑。可惜的是相關文獻大都研究以成員所依附的委員會之組織、運作、功能及地位為主，而忽略了該委員會成員。從此較法的角度與本論研究議題有關的反倒是日本法上的審議會、調查會等組織以及英國近日改革的行政裁決所（Administrative Tribunals）制度。審閱過去研究文獻與本論文有關者，以下將分(一)學位論文；(二)專論書籍（含教科書）；(三)政府研究計畫與年報；(四)政府回應計畫文獻；(五)學術論文等五點作為文獻之回顧與評述：

第一項 學位論文

由於行政機關內設之委員會及其成員（委員）之研究涉及社會學、公共行政學、政治學及法律學，是故在學位論文方面近三十年來並不多見，以下僅就與本論文研究主題有關學位論文依年代簡述如次：

一、黃振成先生所撰「行政機關中委員會的功能及其運用之研究」²⁸，該論文係從公共行政學及管理學角度，論述「委員會」的組織運作及功能，並就當時行政機關中委員會之諸多缺失，包括委員會名實不浮、過於浮濫、溝

²⁷ 相較於行政法上專家參與民國 88 年 7 月間，由司法院所召開之全國司法改革會議決議，司法院應於 89 年 6 月 30 日前籌組委員會，研擬專家參與審判之法律。司法院乃於 89 年 6 月 29 日聘請專家學者組成「專家參審試行政條例研究制度委員會」召開第 1 次會議。參楊隆順，專家參與試行條例草案初探，載於司法週刊 1275 期，司法文選別冊，2006 年 2 月 23 日，頁 1。

²⁸ 國立政治大學公共行政研究所碩士論文（1977）。

通困難、恩惠任用及議而不決等弊端提出建議²⁹。但該論文核心在於「委員會」之運作與功能探討與本論文以「委員」為中心，尙有不同。

二、陳志華先生所撰「內政財政經濟交通四部專設委員會的組織與運用」³⁰，該論文首先關注行政院之重要部會中各部基於需要，在內部設立委員會邀集有關之民間團體代表或專家學者組成，此種組織在當時（1980年代）有日增的趨勢，並以內政、財政、經濟與交通四部所屬二十個委員會進行實證研究，並就抽象之議題進行分析整合研究，包括其結構與職能的現況問題如何？是否有助於部會的推行？以及將來可能的發展，亦即有無可能成為獨任機關或其他單位或機關取代的可能性。

該論文對於委員會的性質結構、職能以及與其他機關之互動上有主要的貢獻，同時亦意識到人員的問題（亦即委員的議題），但是並未就該委員會之成員（即委員）的地位，權利、義務及責任進一步論述。

三、許永煌先生所撰「美日行政委員會之研究」³¹，該論文係屬「法律學」之研究，以介紹美國行政委員會發展之經過，憲法爭議、特徵及主要功能為中心；同時並旁及日本法制，日本於二次大戰前與我國同屬大陸法系，其行政委員會係戰後移植自美國，該論文以美日兩國為基礎，並檢討當時（1990年），我國之證券管理委員會、公平交易委員會及公害糾紛裁決委員會之得失並提出相關建議³²。於此須說明者，我國法制經過近二十年之發展對於「合議制機關之委員會」與「行政機關內部設立之委員會」已有所區別，觀諸早期文獻或許礙於都稱之為「委員會」而將之混淆；上述論文重心置於「合議制機關」之委員會研究；而本論文係對「專家學者參與之委員會」其所衍生出來的權利義務以及責任做法制上之分析尙有不同。

四、盧柏岑先生所撰「私人參與組成的行政委員會」³³，該論文研究的核心，與本論文有些許相似但並不完全相同，首先該論文指出，隨著國家介入社

²⁹ 黃振成撰，行政機關中委員會的功能及其運用之研究，國立政治大學公共行政研究所碩士論文（1997），頁108～111。

³⁰ 國立台灣大學政治學研究所博士論文（1987）。

³¹ 國立中興大學（現台北大學）法律研究所碩士論文（1990）。

³² 許永煌撰，美日行政委員會之研究，國立中興大學（現台北大學）法律研究所碩士論文（1990），頁212以下。

³³ 盧柏岑撰，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（1995）。

會生活領域觸角的不斷延伸，行政部門陸續成立了許多「委員會」同時引進了行政官員以外之成員參與，除了以往常見的「專家學者」外，亦漸漸重視社會公正人士以及團體代表成員。

但是該論文的核心仍然在於「委員會」，亦即這些不同私人參與組成的「合議制組織」在行政法與憲法上的意義是什麼。尤其是若經由立法院立法，同時賦予私人參與組織之行政合議組織「決定權能」，能否在憲法上站得住腳，值得探究³⁴？

尤其私人參與在憲法的基礎界線（含民主原則、基本權之關聯、法律保留、司法審查等），該論文在建構私人參與之憲法議題上極有貢獻，但是對參與者（即委員）之研究仍然著墨不多。

五、盛子龍先生所撰「行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度」³⁵，該論文之核心在於，社會結構轉變國家任務多元複雜，立法者使用不確定法律概念作為導控行政行為之工具時，司法審查密度究應降低或積極發揮保障人民權利之功能？作者詳細論及司法審查密度理論，並舉諸多德國法判斷餘地之案例，其中涉及組成專家委員會其所作成之決定，司法審查態度應如何？此外，亦論及德國行政法院對於專業性問題中出現高度複雜，專家各說各話時，德國法所採之態度。凡此，對於本論文第七章第三節在思考專家參與之委員會所作成之決定與司法審查之論點上諸多啟發。同時，我國行政法院近年來由專家學者參與委員會作成之決定提起行政訴訟者不少，諸如交通部高速公路局 E.T.C 甄審委員會之決定³⁶；環境影響評估委員會之決定³⁷...等，均可作為比較法之觀察。

六、藍健誠先生所撰「合議制行政組織類型與成員建制之研究－以高雄市政府為例」³⁸，該論文係以社會學上結構功能學派之途徑，並以高雄市政府各委員會之法制結構作為研究對象，對高雄市政府相關所屬委員會進行研究

³⁴ 盧柏岑撰，私人參與組成的行政委員會，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（1995），頁5。

³⁵ 盛子龍撰「行政法不確定法律概念具體化之司法審查密度」，國立台灣大學法律研究所博士論文（1998）。

³⁶ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

³⁷ 台北高等行政法院 96 年訴字 1117 號判決。

³⁸ 國立中山大學政治學研究所碩士論文（2000）。

探討，該論文係以「地方政府」之委員會作分析研究並將之區分為任務協調型、諮詢型、獨立審議及獨立管制型四種³⁹，並匯整委員會類型有相當貢獻，雖然該論文有以「成員」為研究對象，但是仍然未有深入的探討。

七、陳錦芳所撰「環境影響評估決定正當性與公信力強化之研究－以環境影響評估委員會運作為核心」⁴⁰該論文係以「環境影響評估委員會」為核心，兼及美國與我國環境影響評估制度之介述，其中並針對公眾參與和「環境影響評估委員會之組織」之現狀，改造提出方向設計。同時對於環境影響評估委員會所作成之決定與司法審查之關係亦有探討。最後並提出加強環境資訊的揭露，環評委員組織彈性化、專責機關加強監督、彌補法院專業審查侷限性以及健全公眾參與機制、監督委員會之運作等結論。

八、郭宏彬先生撰「專利爭端中之鑑定與專家使用之研究」⁴¹，該論文雖然以「專利鑑定」作文核心價值，但旁及鑑定制度、專家諮詢、專家證人以及專家參審等概念，關於此議題之資料收集，非常豐富，對於本論文之「諮詢委員」及「鑑定委員」法體系之建構提出另一途徑之思維。

九、候寬仁先生撰「最新修正刑法上公務員概念之探討」⁴²，該論文係針對 2006 年 7 月施行之新刑法第 10 條第 2 項第 1 款及第 2 款概念之探討。其中詳細論述身分公務員、授權公務員以及委託公務員之概念，並對於實務案例著墨甚多，對於探討專家學者等外聘委員是否為刑法修正後之公務員爭議，提供不少視野的觀點。

十、綜合評述

從上述博碩士學位論文以觀，公共行政之研究偏重在組織運作功能；政治學之研究則對組織原理之設計與創設投入較大篇幅；法律學則從憲法層次再到行政組織法的諸問題探討，但是如前回顧文獻所載，上開學位論文大多將焦點聚於「組織」即「委員會」而非「成員」即「外聘委員」之法律地位。

³⁹ 藍健誠撰，合議制行政組織類型與成員之研究－以高雄市政府為例，國立中山大學政治學研究所碩士論文（2000），頁 77 以下。

⁴⁰ 陳錦芳，國立政治大學法律系碩士班學士後法學組碩士論文（2004）。

⁴¹ 郭宏彬，「專利爭端鑑定與專家使用之研究」國立法華大學科技法律研究所碩士論文（2006）。

⁴² 候寬仁，「最近修正刑法上公務員概念之探討」輔仁大學法律研究所碩士論文（2006）。

有鑑於此，本論文將在上開論文之研究基礎上，進一步針對專家學者公正人士利益團體代表參與國家事務時，由於參與之身分地位而產生的權利義務及責任做不同面向的分析，內容則包括委員之概念界定、類型化，權利義務責任及監督等議題，並從比較法的角度整理分析我國與英國與日本制度之差異並提出結論與建議。

第二項 專論書籍（含教科書）

由於本論文「機關外聘委員法律地位」之研究，在我國尚屬新興議題，我國在公共行政學、社會學、政治學及法律學專論著作中，尚未有詳細完整的討論；外國學者在這一方面的研究亦不多見，專論書籍有者，係現行該國運作的情形，相較於我國並無資料可查的情形，外國專書文獻雖然杯水車薪，但從學術研究的角度亦屬彌足珍貴，本論文以日本及英國兩國文獻為主，茲說明如次：

第一款 日本

第一目 伊藤正次(いとう まち つぐ)日本型行政委員會制度の形成—組織と制度の行政史⁴³

本書的課題與視野是從合議組織的委員會與傳統官吏在任務上不同而展開論述，尤其日本行政組織之特色之一即大量的「審議會」作為其附屬機關，但是「委員會」與「審議會」不同，其法律依據前者為（日本）國家行政組織法第3條第2項及第3項之規定；後者則為同法第8條之規定，故本專論書籍主要係以「委員會」為主而非審議會，但是對於彼邦觀念類似「委員」可以從「史觀」的角度切入，有助於本論文之研究。

第二目 森田朗 會議的の政治學⁴⁴

本書作者是東京大學公共政策研究所所長，對於會議政治學、行政學及社

⁴³ 伊藤正次，日本型行政委員會制度の形成—組織と制度の行政史，東京大學出版會，2003年7月18日初版。

⁴⁴ 森田朗，會議の政治學，慈學選書，2006年10月10日初版第1刷。

會學有深入之觀察，尤其第一章即論述「審議會」與本論文之研究有關，同時針對委員之型態、選任、資訊公開等議題有深刻描述，本書除了審議會以外尚還提及「委員」類型本身議題之研究⁴⁵，但較偏向政治學的分析，雖然如此，仍有助本論文在法律架構下之實務分析研究。

第三目 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕—行政組織法⁴⁶

塩野宏教授所著之行政組織法中，詳細介紹日本國家行政組織，並從法之角度說明審議會係依據內閣府組織法第37條及國家行政組織法第8條設立之合議制機關，並將審議會分為調查審議型，對行政處分不服審查及案件處理型三類審議會，並就其中所產生法之爭議有深入之分析評論，包括審議會之成員、資格要件、審議會意見之拘束力以及有關政策提案型審議會之人選運作之批評以及引進有識者（即有知識經驗者）進入官僚之學術分析及聘用方式等⁴⁷。塩野宏教授花費諸多篇幅分析描述「日本審議會及其成員之問題，相對於此，我國在這方面之研究，尚屬空白，而本書將有助於我國機關外聘委員法制建構時之參考。」

第四目 川井健，專門家の責任⁴⁸

本書是一本學術論文合集，其中針對「專門家」的責任多所論述，而專門家的概念係多義的。在總論方面，有不同國家的法制比較包括日本、美國、英國、德國、法國等（以日文撰寫），其中議題包括「專門家的意義和種類」「專門家的契約責任」「不法行為責任」以及「懲戒制度」以及「保險制度」之引用等，在各論方面，專門家包括律師、公證人、鑑定人、公認會計師、建築士...等。

由於機關外聘委員不乏專業技術人員（即專業人士）有關此等人員加入國家事務之運作，若基於其對專業上之注意義務違反其責任歸屬究應如何認定，本書提供了絕佳的思考模式有助於本論文在架構外聘委員之責任時，將「專家

⁴⁵ 森田朗，同前註，頁19~25。

⁴⁶ 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕—行政組織法，有斐閣，2008年10月10日第三版5刷。

⁴⁷ 塩野宏，前揭書（同前註），頁76以下。

⁴⁸ 川井健編，專門家の責任，日本評論社，2008年2月15日發行。

責任」與「外聘委員責任」作清楚的劃分。

第五目 日本刑法教科書

在研究我國機關外聘委員之法律地位時，其中必須面對的議題是「外聘委員是否為我國刑法之公務員？」由於我國刑法公務員之定義在民國 95 年 7 月 1 日修正版，前後有截然不同之定義，修正前刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂依令從事公務之人員」採職務公務員之概念，引出諸多質疑，修正後限縮其概念在刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」問題是，在判斷專家學者外聘委員參與公共事務而衍生出來身分上之爭議，有幾個思考：首先這些外聘委員是否為刑法公務員？若是究係第 10 條第 2 項第 1 款後段或是同條項第 2 款？我國相關文獻尚乏全般之介紹，相較於此日本則明確許多。

日本國家行政組織中有許多審議會，而其成員大都為有專門知識技能者，至於其參與相關審議工作，其身分為何？依學者見解，此等「學識、經驗」者，係專業知識領域之翹楚，進入公共領域，其身分在刑法上亦為公務員，依日本國刑法第 7 條之規定，本法所謂公務員係指國家或地方公共團體的職員及其他依法令從事公務的議員、委員和其他職員⁴⁹，其中所謂「委員」係指依照法令被任命、選舉、委託從事一定職務之兼職人員，如各種審議會的委員日本刑法教科書所舉之例如，省府廳基於法令設置之各種審議會之委員，各種國家試驗的委員—司法試驗考查委員、調解委員、鑑定委員、民生委員、人權擁護委員、農業委員⁵⁰、教育委員、勞動委員⁵¹等，但是與此相對的公平交易（公正引取）委員、證券交易委員、國家公安委員則為通常之公務員⁵²。

而這些文獻並非在行政法的領域，反而必須求諸於刑法教科書及專論，但

⁴⁹ 〔日本〕刑法第 7 條第 1 款。

⁵⁰ 〔日本〕板倉宏，刑法各論，2004 年 6 月 10 日第 1 版 1 刷，勁草書房，頁 292。

⁵¹ 〔日本〕大谷實，刑法講義各論〔第 3 版〕，平成 19 年 4 月 20 日，（2007 年），成文堂，頁 343。

⁵² 〔日本〕西田典之，刑法各論〔第 4 版 2 刷〕，平成 19 年 4 月 30 日，（2007 年），弘文堂，頁 388。

是有關審議會委員之論述並非在日本刑法總論的教科書，而係在刑法各論，配合有關公務員犯罪之章節。

第二款 英國

本論文撰寫人爲對於研究主題能有進一步的瞭解與掌握，曾於 2008 年 7 月～8 月間自費遠赴英國巴斯大學（University of Bath）進行爲期近二個月的短期進修研究，並利用該校圖書館及網路資訊搜集與本研究論文有關之文獻，同時藉由地利之便參訪英國位於倫敦（London）與布里斯托（Bristol）之行政裁決所（Tribunal）運作情形，由於英國（指英格蘭與威爾斯）亦有引進專家參與紛爭之解決而名之爲「裁決所」（或稱爲委員會），故本論文另設章節討論。此外，英國政府運用作中也是喜歡運用「委員會」的特色，基此下面文獻與本研究主題有關，茲介述如次：

第一目 **K.C Wheare F .B .A ， Government By Commission**

本書年代久遠於西元 1955 年由牛津大學（Oxford）出版，魏亞（K.C.WHEARE）在委員會治理的政府（Government By Commission）一書中描述委員會運作的七個特色，並將委員會分爲七類，即諮詢委員會（Commissions to Advise）、調查委員會（Commissions to Inquire）、協調委員會（Commissions to Negotiate）、立法委員會（Commissions to Legislate）、執行委員會（Commissions to Adminster）、審議與管制委員會（Commissions to scrutinize and contral）；並針對各該委員會之成員所產生的問題加以分析，此有助於在諸多外聘委員參與之中把它「類型化」，並尋繹彼此的特色進而建立相關的法律觀點。

第二目 **Gerald Rhodes,Committees of Inquire**

本書出版於 1975 年，係針對調查委員會做更深入之描述，並接續在魏亞的研究基礎上僅就調查委員會做深入探討，其內容包括調查委員會的重要性、委員會的型態（Types of Committee）、委員會的目的（Purpose）、成員（membership）、委員會之報告及結論、調查委員會與政策作成（Policy-making）以及英國調查委員會的角色（The Role of Committees of Inquiry in Bristsh Government）。此部分之文獻有助於本論第四章外聘委員類型化下之調查委員議

題之討論。

第三目 Richard A Chapman 主編 The Role of Commissions in Policy Making

本書是 1973 年出版由 Richard A Chapman 主編有關委員會的合集，其中與前述不同者，在委員會於政策作成中所發揮之功能，其中亦包括英國政府的改革措施委員會所扮演的角色，例如富爾頓委員會對公務員制度的改革（The Fulton Committee on the Civil Service）所發揮的功能。這一部分有助於本文論政策諮詢委員理論之建構，並進一步作更細緻的分類。

第四目 Trevor Buck, Davis Bonner Roy Sainsbury, Making Social Security Law-The Role and Work of the Social Security and Child Support Commissioners.

本書係 2005 年出版，係針對英國社會保障裁決所詳細的論述，對於紛爭裁決之委員會由於各國都有其獨特的歷史背景與發展過程，本書提供了比較法上絕佳的思考。

第五目 Denis Keenan, Smith and Keenan's, English Law (Text and Cases)

本書係全面介紹英國法的指南，（迄 2008 年已出第 16 版），由於本論文一節係研究英國行政裁決所制度，故僅就第一部分英國法律系統（The English Legal System）之 3 的其他法院與裁決所的部分（Other Courts and tribunals）做文獻之參考，該書介紹了行政裁決所、勞工裁決所、替代糾紛解決制度與裁決所的優點⁵³，有助於瞭解彼邦制度。

第六目 Jackson & Powell on Professional Negligence

本書係於 1982 年出版於 1994 年三版二刷，其中係針對專業人士的過失問題有詳實的討論，在該書第一章中論述「專業的本質」（The Nature of

⁵³ Denis Keenan, Smith and Keenan's, English Law (Text and Cases) 15th Edition, P69~70 (2007 年)。

Professions)、專業責任 (Professional Liability)、侵權責任 (Tortious Liability)、技術與注意標準 (Standard of skill and care)、責任分擔 (Shared responsibility) 以及專業過失救濟 (Remedies for professional negligence) 與責任的限制與豁免 (Exclusion or restriction of liability) 等主題對於專業過失之標準有助於本論文在撰寫機關外聘委員責任之思考。

第七目 **Peter Leyland & Gordon Anthony, Text book on Administrative Law**

這是一本行政法的教科書，該書從英國行政法之理論與歷史談起，亦涉及許多現代國家的理念，包括近十幾年來英國政府的改革，其中與本論文研有關者為該書討論中央政府各部會日益盛行的作法，即由部長直接任命各種不同的特別顧問 (special advisor)、學術問題專家、經濟學家和政治顧問，對此學術界爭議頗多⁵⁴，因為這些顧問在內閣之中掌握著極大的權力，他們任期與政府 (執政黨) 任期完全相同，雖然 Special advisor 是政府組織的一部分，但卻能發揮相當大的作用，但是他們在憲法上卻不用對他們的行為負責。對此，我國許多政策諮詢委員會部會首長的「智囊團」亦有此現象，此問題顯然有必要從法制上做進一步的建制。

第八目 **H.W.R Wade & C.F Forsyth, Administrative Law**

韋德教授 (H.W.R Wade) 在英國行政法之地位可謂首屈一指，其著作 Administrative Law 厚達一千多頁，其中與本論文研究有關者係第 23 章法定裁決所 (Statutory Tribunal) (該書頁 905~960) 該章描述了裁決所的歷史、功能以及特色優點、成員及獨立性⁵⁵，由於我國爭議裁決委員會之發展頗似英國行政裁決所，故彼邦制度之運作與特色可以做為比較法的素材。

第九目 其他英國行政法教科書

為充實研究視野，本論文所參考之英國文獻，除專論外尚有以下英國教科書，參考範圍亦限於行政裁決所之部分，茲將書名列之如后：

⁵⁴ Peter Leyland & Gordon Anthony. Text book on Administrative Law, P40~41, Oxford (2009)。

⁵⁵ H.W.R Wade & C.F Forsyth, Administrative Law P905~915, Oxford (2004)。

- 一、Michale Allen & Brian Thompson, *Constitutional and Administrative Law* (9th Edition) Oxford, 2008。
- 二、Neil Parpworth, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford 2008。
- 三、Beatson, Matthews and Elliont's, *Administrative Law* 2005。
- 四、A.W Brandley and K D Ewing, *Constitutional and Administrative Law* (14th Edition) 2008。

第十目 綜合評述

在引用英國文獻時分成二部分；首先，關於公共行政學方面，援引委員會之專書與有關政府治理之期刊⁵⁶做為討論研究之對象，此可提供外國法之現狀並作為比較法之參考；至於行政裁決所則偏向法律層次，尤其英國行政裁決所近年來的改革可謂大幅前進，對於其基本的認識只能求諸於教科書，至於晚近之改革，容後引用政府研究報告等相關文獻。

由於英國是判例法的國家在相關行政法的教科書上並未有發現討論類似我國外聘委員的情形，反倒是在西文期刊中出現對組織之論述，其面向較偏重於政治學或公共行政學的批判⁵⁷。

第三項 政府委託研究計畫與年報

政府對於某項議題或改革方案，通常會委託專家學者提出研究報告，本論文研究主題在於機關內設置委員會及其成員，在相關文獻方面，以側重組織為主較少涉及成員（委員）之研究，茲以我國及英國的二份研究報告為例說明如下：

⁵⁶ Christensen, Tom and Per Laegreid, 2004, "Governmental Autonomisation and Control: the Norwegian," *Public Administration and Development*, Dev.24:129-135; Greve, Carsten ets., 1999, "Quangos-What's Name? Defining Quangos from a Comparative Perspective," *Governance*, 12(2):129-146; Hallgan, John, 2004, "The Qusai-Autonomous Environment: the Centrelink Case," *Public Administration and Development*, Dev.24:147-156.

⁵⁷ Thiel, Sandra van, 2004, "Trends in the Public Sector: Why Politicians Prefer Qusai-Autonomous Organizations," *Journal of Theoretical Politics*, 16(2): 175-201; Thynne, Ian and Roger Wettenhall, 2004, "Public Management and Organizational Autonomy: the Continuing Relevance of Significant Earlier Knowledge," *International Review of Administrative Science*, 70(4):609-621; Verhoest, Koen ets., 2006, "The Study of Organizational Autonomy: a Conceptual Review," *Public Administration and Development*, Dev.26:101-118.

第一款 許慶復教授主持研究，行政委員會組織與功能之研究（1994年）⁵⁸

該研究報告將行政委員會界定為：行政部門內部為特定行政業務而設置的合議制組織，並且將各種委員會依組織地位與功能區分為協調性、執行性、參與性、諮詢性及獨立性等五類。並提出主要結論與建議事項包括，委員會法律保留的鬆綁與調整，委員會應限於獨立性、參與性及諮詢性者，應排除執行性者；行政委員會委員的選任方式應依性質加以規定，獨立性委員會的委員應由最高行政首長提名，經國會同意任命。參與性及諮詢性委員會者則由主管機關首長自行任命；另外還包括制定行政組織通則及行政程序法，以使行政委員會組織與程序有通則性的規定；並使行政委員會的預算能在預算書上可清楚顯示⁵⁹。

這份研究報告對於當時我國行政組織中皆名為委員會的合議制組織做全面性的檢討，並提出若干建議，除了後來成立了金融監督管理委員會及國家通訊傳播委員會為獨立機關後，對於設於機關內之合議制委員會，這十幾年過去（迄2009年2月25日）似乎未引起學術界的重視，換言之，在我國所討論著係具機關地位的「合議制機關」但真正問題在於機關內設置的「委員會」其所扮演的角色以及從官僚之外所遴聘的專家學者其相關法律爭點的研究似乎尚未開始，本文承續著過去研究的基礎上，繼續完成這片尚未開發的園地。

第二款 陳敦源教授主持研究，全民健康保險監督會未來運作機制規畫之研究（2006年）⁶⁰

本研究計畫係針對由專家、學者、官員、利益團體所組成的單一委員會做組織運作機制之研究，該研究指出，一個政府部門的委員會要運作順暢，不外乎要具備代表性、專業性、效率性等三大原則。並指出行政院衛生署所屬全民

⁵⁸ 許慶復主持，陳志華、黃錦堂協同主持，行政委員會組織與功能之研究，行政院研考會委託研究案（1994）。

⁵⁹ 許慶復主持，前註研究報告，頁1。

⁶⁰ 陳敦源主持，全民健康保險監督會未來運作機制規畫之研究，行政院衛生署全民健保監理委員會委託計畫研究案（2006年12月）。

健保監理委員會與費協會，對外最大的問題便是權責不符，對內則對委員代表性和專業性的質疑。該報告分析中也發現，事實上除了醫事服務機構之外，被保險人與雇主代表的代表與專業性都遭受到質疑，政府代表的數量與角色也一直被要求縮減。即使如此，目前的監理委員會委員名單與費協會委員名單，仍然呈現了很穩定的結構，既然代表性遭受質疑？又為何主管機關讓其如此穩定？顯見代表性的認定本身就是一個棘手的政治問題⁶¹。

該研究計畫之成果報告仍然側重於組織運作之改革與建議，但其中針對委員會代表的選擇準則、委員會的建立原則與推動策略、國外委員會治理的經驗有完整的探討，仍有值得參酌之處。

第三款 白忠志「論新刑法公務員定義變更後之影響」⁶²

本研究報告係由檢察官所撰寫，設定之議題仍然在公務員修正前後範圍之不同，除學理概念之闡述外，該報告之特色是分析新刑法施行一年半後，最高法院、高等法院及其分院以及各地方法院自 2006 年 7 月至 2007 年 12 月 20 日之判決。

這份報告對於專家學者參與公共事務其身分究係是否為刑法公務員之研究有一定之助益。

第四款 Sir Andrew Leggatt Report

英國政府在 2005 年 5 月任命退休上訴法官 Andrew Leggatt 展開對裁決所之全面研究並於 2001 年 3 月提出了一份名為「Tribunals for Users-One System, One Service」的報告，該報告後來成為英國政府改革裁決所制度的藍本，其中對英國行政裁決所的現行缺失及未來改進有詳細的論述，他山之石，可以攻錯，在檢閱彼邦改革文獻中它提供了許多啟發本論文研究之思維。

⁶¹ 陳敦源，同前註，頁 7~8。

⁶² 台灣士林地方法院檢察署（撰寫人白忠志，審查人：檢察長蔡清祥），載於 2007 年度法務研究邏輯，法務部出版。

第四項 政府回應計畫文獻

依循的歷史的軌跡，回顧過去文獻的好處就是能夠清楚掌握制度的發展脈絡，尤其對制度史的研究，在建構我國外聘委員法律地位法制時，由於台灣對此尚未成形，此可借助外國法制的發展經驗，作為比較的參酌，以本論文研究為例，審閱外國文獻發現，政府對於改革的議題大都會有綱領計畫或白皮書之回顧，茲說明如次：

第一款 日本審議會合理化縮減基本計畫（平成 11 年 4 月 27 日）

由於日本審議會數量的擴增，學術界亦意識到此問題並提出縮減審議會數量，日本於平成 11 年 4 月 27 日內閣會議決定縮減並提出基本計畫，從平成十年的 211 個到之後 105 個審議會，迄 2008 年的 118 個，顯見該基本計畫對於審議會數目發揮了重要的影響。

在該基本計畫中除縮減數量外，亦提出審議會設立的組織及運作的指導方針，對於制度建構有引導的功能，對於研究我委員會之議題亦具啓示作用。

第二款 Transforming Public Services : Complaints, Redress and Tribunals (July 2004)

這是一份英國工黨政府於 2004 年 7 月提出來改革公共服務的白皮書(White Paper)，名為「申訴救濟與裁決所」，在白皮書中內容中提出了行政司法的諸多改革，與本論文有關者是行政裁決所的改革。

第五項 學術論文

學術界於研究委員會者居多⁶³，至於研究外聘委員（即專家學者）介入公共事務引發的權利義務及責任者少；在外文方面，日本金史正子著審議會行政

⁶³ 彭文賢，委員會的設計與功能，載於中興大學（原台北大學）行政學報，第 19 期，1987 年 6 月，頁 79~91。

論⁶⁴，對於日本改革前的審議會有完整而詳實的論述；改革後西川明子於平成 17 年 5 月發表，審議會等・私的諮問機關の現状と論點⁶⁵，對於日本審議會現狀有進一步的論述。此外，對於中文文獻方面，對於機關外聘委員法律地位研究者有王隆昌等所撰⁶⁶，「政府採購行為中評選委員會之定位與權責探討」，該文係從作者參與的評選委員的經驗提出現行運作的問題，難能可貴的是，上述作者係理工背景⁶⁷，但卻對現行法律爭點及運作有一針見血的批評；同時亦針對評選委員的權限作法規整理，但該論文僅限於諸外聘委員類型中之一而已，而非全部。

此外，對於外聘委員的法律地位，在刑事法上之地位，亦即此等外聘委員是否為我國刑法上之公務員，在 2007 年 12 月有類似的學術研討會並將資料刊登在台灣本土法學，名為「公法與刑事法學的對話系列」，其中林雍昇先生所撰「新刑法公務員概念與範圍的再商榷⁶⁸」，另外在公務員的榮譽與責任研討會發表之「從德國法論公務員刑事責任之法學實證分析」，對於民國 95 年 7 月 1 日施行之新刑法有關公務員，尤其是與本研究主題有關，具有啓發作用；另外甘添貴教授於刑事法雜誌所發表的「刑法新規定對公務員權益的影響⁶⁹」以及吳耀宗教授所著「評析刑法新修正之公務員概念⁷⁰」，以及柯耀程教授「德國刑法公務員概念之發展與檢討－以公務員職務犯罪為詮釋核心⁷¹」，以及黃榮堅教授「從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分－評最高法院 97 年度台上字 4813 號判決」「刑法上個別公務員概念」⁷²，對於新刑法修正的背景及闡釋

⁶⁴ 金史正子，審議會行政論載於現代行政法大系第 7 卷，有斐閣，昭和 60 年 6 月 30 日，頁 113～158。

⁶⁵ 西川明子，審議會・私的諮問機關の現状と論點，載於レファレンス，2007 年 5 月（平成 19 年 5 月）。

⁶⁶ 王隆昌、李綱、蔡修毓，政府採購行為中評選委員會之定位與職責探討，載於營建管理季刊，頁 44～51，2007 年春季號。

⁶⁷ 王隆昌為國立台北科技大學的木與防災所副教授，另李綱為該所博士生；蔡修毓為該所博士候選人。

⁶⁸ 林雍昇，新刑法公務員概念與範圍的再商榷，載於台灣本土法學 102 期，2008 年 1 月，頁 192 以下。

⁶⁹ 載於刑事法雜誌，第 50 卷第 4 期，頁 45 以下。

⁷⁰ 載於中央警察大學，法學論叢第 11 期，2006 年 3 月，頁 107 以下。

⁷¹ 參氏著，載於刑法公務員概念的比較研究學術研討會論文集，2010 年 4 月 24 日，頁 29 以下。

⁷² 參氏著，載於月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 9 月，頁 287 以下；同作者，刑法上個別公務員概念，載於台大法學論叢，第 38 卷 4 期，2009 年 12 月，頁 274～334。

均有完整的論述，給予本論諸多啟發。

第六項 綜合評述

由於參考文獻相當龐雜，未能一一列舉；同時其範圍含蓋中、日、英等國，從上述回顧可知，其研究除刑法文獻外大都偏向於委員會的研究，這也暴露出委員會成員（委員）法律地位研究之不足，例如專家學者之職業非公務員，為何法制上會有公務員之討論；再者其權利義務有無再檢討之必要？例如外聘委員有無因公涉訟輔助之權利？於執行職務時有無保險之必要？是否建立合理必要的支給標準；委員之義務方面，諸如應否親自參與、有無迴避之義務、財產應否申報、基本資料及會議過程的資訊應否公開等。再者，委員雖均為具有專業知識者，但一旦進入公共事務領域，國家應如何建制出相關的監督機制；同時違反義務時其責任應為如何之承擔，我國法制或許尚未意識此問題。本論文試圖從委員會之組織與委員（人）的地位出發，建構並論述外聘委員之權利、義務、監督及責任等相關議題，彌補研究的不足並提出若干建制原則；甚至進一步建議相關問題立法的參考。

第三節 研究方法與進行步驟

第一項 研究方法

本論文採取下列四種研究方法：

第一款 分析研究法

法學之研究有採分析法（analytical approach）者，力主此種研究方法者，以分析法學派為主，重視實證法，研究之對象以實證法為中心，亦即經國家權力機關制定之法律或明確授權之法規命令，所採之手段係建立可靠之資料，加以邏輯或推理的運用，並將法律條文中之規範，形諸成明確的概念，再將之建構成嚴密的體系⁷³。

⁷³ 分析法學派之代表人物有英國的奧斯汀（John Austin）、美國的韋勞貝（Willoughby）以及奧

本論文之研究，大量採取法律資料之分析，尤其是組織法制之整理歸納分析，我國外聘委員（專家參與）散見於各別行政法規（含組織法規與作用法規），制定年代各別，組織作用亦不相同，本論文將在錯綜複雜的法規中梳理出其類型，並將之分類，藉此分析比較其中差異，進而將之類型化，此有助於問題之掌握與釐清。透過分析研究法將對本論文相關主題做出定義（definition）、分類（classification）、註釋（explanation）及概念化（conceptualization）此類研究法將有助於本論文之明晰化及系統化。

第二款 比較研究法

比較法學派之學者⁷⁴，於研究法律時採用比較研究法，行政法前輩林紀東教授指出⁷⁵：由兩個法制的比較最容易看出法制之得失，氏並推演下列三點，其一，由本國法和外國法規比較研究結果，可知其優缺點，可以存長捨短，又從比較結果，知其得失，可做為立法之參考借鏡，其二，由於研究外國法制結果可以看出本國法規的通性和特性，以加深對本國法規之認識便於法規的解釋和運用，第三，由於比較研究的結果看出各國立法的通性，現代法律的普遍法制，知道現代法律之趨勢。

外聘委員雖早存在於我國，但考諸他國制度並不少見，以審議型之委員會為例，英國法上特有的行政裁決所（tribunal）係因應福利國家之發展而設立，因為它能提供一種較為迅速、經濟及便捷之裁決，而其成員大都具有專門知識，能夠熟練、迅速地處理各種專門案件，對此亦提供一個比較法上考察的基礎⁷⁶。再者，從日本法制觀之，其行政組織中亦不乏類似我國委員會之建置者，不管國家或地方行政組織作為其附屬機關的審議會、調查會，均有法令之依據，不同於機關型之行政委員會，其並無獨立作成行政處分之權限，僅能提供長官參

國的凱爾生（Hans Kelson），參張劍寒，行政法學之傳統研究方法，收錄於刁榮華、林紀東主編，現代行政法基本論，1985年5月初版（漢林出版社），頁10~11。

⁷⁴ 該學派萌芽於十九世紀後半期，而流於二十世紀之初，在行政法之研究上代表學者有古德諾（Frank J. Goodnow）、果斯（Nagendranth Ghose）及許華滋（Bernard Schwartz）等人，參張劍寒，前揭文，頁8。

⁷⁵ 林紀東，行政法學研究方法論，收於刁榮華、林紀東主編，現代行政法基本論，台北，漢林，1985年5月，頁17~18。

⁷⁶ H.W.R. Wade and C.F. Forsyth Administrative Law (9th edn Oxford 2004) 905-10。

考意見或備諮詢⁷⁷，對審議會之諮詢，一般都含蓋社會各階段之意見，或聽取專門技術人士的見解，所以其論點會得到尊重，當法律要求諮詢或專家介入時，而行政機關未經此程序或不依照諮詢結論作出決定時，其程序便有瑕疵而違法⁷⁸，這些制度對照我國目前狀況有其參考借鏡之處⁷⁹。

第三款 裁判研究法

我國與英美國家不同，並非判例法（case law）之國家，然自從 2000 年 7 月行政法院改制為二級法院後，大量實務裁判出爐，對於相關議題之研究提供不少素材，對於行政法院審查行政行為之合法性，傳統重心在於「行政裁量之司法審查」，故裁判研究法係以監督及救濟的觀點，清楚刻劃出行政與司法之關係，強調對行政權之司法監督。

本論文將對實務見解進行分析與批判，並透過學理之論證，將理論與實務間之紛歧進行分析，尤其刑事法判決與行政法院之裁判，在本論文之研究上提供了實證的機會，本此將一併分析檢討。

本論文雖以外聘委員為中心，然其所形成之決定係具有專業性及技術性，司法審查之界限及態度為何？則為研究之重心，晚近我國高等及最高行政法院實務針對民間參與公共建設甄審委員會評選公告之決定（即遠通 E.T.C 案）之判決⁸⁰以及重大開發案之環境影響評估，其中涉及專家學者所組成之環評會，其決定⁸¹（例如中科七星農場環評案）引發行政法學界及環保團體廣泛的討論，對於日漸豐富的行政法院裁判資料，本論文將採用裁判研究法予以分析。

⁷⁷ 日本國，《國家行政組織法》第 8 條。

⁷⁸ 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法，有斐閣，2008 年 10 月，頁 76 以下。

⁷⁹ 台灣此種並不少見，舉例言之，台灣高鐵通車之爭議便是一例，當履勘委員為工程尚有諸多未改進，不宜通車，交通部仍然發給高鐵公司「營運許可（行政處分）」履勘委員之專業不受重視，致有委員發表「生命無價，政府應盡高鐵安全把關之責」之公開信，於此情形唯有建立法制、貫徹法制方能解決層出不窮的問題。

⁸⁰ 台北高等行政法院 94 訴字 752 號判決；最高行政法院 95 判字 1239 號判決。

⁸¹ 台北高等行政法院 92 訴更字 35 號判決；最高行政法院 96 判字 1601 號判決（雲林縣垃圾廠 B.O.O 案）；台北高等行政法院 96 訴字 01117 號判決（中科七星農場環評案）。

第四款 社會研究法

法律是社會的產物，並非立法者之想像，因此研究法律應注重社會各方面的變遷與發展，以近代社會而言，法律的專業分殊化來自於社會經濟及政治環境的變遷，例如行政法從原理原則之研究而逐漸走向各論，包括環保法、營建法、租稅法、智慧財產權法、傳播法、教育法、經濟法等領域。同時，法律也漸由個人本位逐步邁向社會本位，故研究法中有社會研究法之提倡，其係以觀察社會實際變遷情形，以尋求法律之基礎。

社會研究法雖各派立場不一，但有下列之共識，其一以社會現象，尤其社會上利益衝突的現為研究的對象，再者，強調法律的機動性，解釋應推陳出新以適合社會進步，此外，本著功能的態度研究法律，不僅應明白「法律是什麼」且應明白「法律如何制定」及「法律的功能為何」若能把握上述法律功能，則執法釋法方能無誤⁸²。

本論文之研究動機乃肇始於外聘委員介入國家公權力事務之後，於運作上爭議不斷，從網路媒體新聞等傳媒管道得悉，我國目前在外聘委員（專家、學者、公正人士）相關法制的規範上若非缺乏規定，即是過於簡略。尤其在權利、義務及責任上更是付之闕如，遇到爭議，僅能尋求有關機關之函釋，故本論文將部分採取社會研究法之方式，尋繹出問題之所在，並就各種價值或利益衝突予以審慎觀察，並提出本論文之觀點⁸³。

第五款 文獻研究法

爲了對此一研究議題有基本之認識與瞭解，筆者於 2006 年 1 月起針對相關之文獻蒐集、閱讀分析與分類，由於本研究主題並非單純行政法上之問題，而含有政治、公共行政、刑法與公法學之領域，在中文部分包括教科書專著、期刊、政府機關委託研究報告及法院之裁判，作全面之文獻檢閱與判讀；在外文部分以英文及日文文獻爲主，其中在英文部分，以英國憲法及行政法教科書爲主；至於西文期刊部分偏向於政治及公共行政領域之論文，日文部分以刑法及

⁸² 張劍寒，前揭文（註 77），頁 14～15。

⁸³ 諸如，晚近層出不窮的採購弊案，都涉及到外聘委員；甚至民間參與公共建設甄審委員的公正性亦遭質疑，交通工程建設的履勘委員公然與政府部門唱反調，這些種種現象，正是提供本論文研究的素材。

行政法專書為主，間或有相關本研究主題之論文，此研究方法有助於建立外聘委員之理論基礎，其次透過文獻之研究亦可對此一制度全般綜合之掌握。

第二項 進行步驟

本論文議題之架構始於 2006 年 6 月，在幾經思維以「外聘委員法律地位」作為論文架構，並與指導教授討論後經修改定名為「機關外聘委員法律地位之研究」，由於機關外聘委員參與公共事務之文獻，同時涉及行政法與刑法兩個學科的交錯，同時也有許多實務案例出現，故有以下的研究步驟：

第一款 廣泛收集相關文獻並判讀分析

在文獻上除了廣泛收集與本議題有關的專書、論文、研究報告、政府相關計畫以及司法實務裁判外，進一步就研究所得予以歸納分類。

第二款 進行實地參訪

在有關外國的制度觀摩方面，本論文撰寫者曾自費於 2008 年 7、8 月間遠赴英國巴斯大學（University of Bath）做短期的研究與外國文獻收集，同時並參加英國分別位於倫敦（London）與布里斯托（Bristol）的行政裁決所實地參訪，對於彼邦文獻與實務運作有深刻的印象。

第三款 將研究成果適時交流

由於本研究議題在台灣尚屬冷門，為期獲重視並能引起廣泛討論，將部分研究議題投稿於學術期刊並於適當場合發表研究成果。撰寫人於 2008 年 6 月取得博士候選人資格後，旋即赴英國為期近二個月的短期研究，並發表一篇名為「英國行政裁決所半世紀來之發展與改革－兼論英國經驗對台灣的啓示」獲接受刊登於 2009 年 4 月「法學叢刊」第 214 期；同時於 2009 年 6 月撰寫一篇「論專家學者參與公共事務之法律地位－以行政法與刑法為中心」投稿於台北大學法學論叢獲審查通過，將刊登於台北大學法學論叢第 75 期（預定於 99 年 9 月出刊）。

第四款 隨時注意社會新近之發展修訂研究計畫

在司法實務，對於機關外聘委員，亦即專家學者參與公共事務其身分、地位究竟為何？各方見解不一（例如專家學者參與公共事務是否為刑法公務員），學界亦開始有批判及反省的聲音，同時在外聘委員的權利義務、責任及監督等相關法制之建構付之闕如，未來我國法制是否應有統一之規範實為立法論上值得重視的課題，否則在國外運作並無問題，但於我國卻仍爭執不斷，如何持續關注實務發展與學術體系論述的提出是該應隨時注意的。

第四節 研究主題之定位內容與架構

第一項 研究主題之定位與分析

本論文以「機關外聘委員法律地位之研究」為主題，其所涉及之概念界定、問題領域、法理層次，可先將之定位如次：

第一款 外聘委員概念之界定

此涉及本論文所稱外聘委員之概念，其並非傳統官僚組織系統之文官及政務官，而係以「私人」地位參與國家事務運作，此概念之界定將適度釐清本論文研究之範圍，避免不當擴大研究主題，但若基於比較之需要，亦將對現行文官制度於適當處一併予以觀察。

第二款 外聘委員參與國家事務之法理基礎

我國憲法在國家組織設計上係五權分立體制的國家，本論文所指外聘委員參與國家事務⁸⁴，除了立法的諮詢及準司法之合議制外，幾乎係指介入國家或

⁸⁴ 此處所稱之國家係指中央與地方，司法院解釋 550 號曾針對全民健康保險費用之負擔案就國家一詞略謂：「憲法條文中使用國家一語者，在所多有，其涵義究專指中央抑兼指地方在內，應視條文規律事項性質而定，非可一概而論。憲法基本國策條款乃指導國家政策及整體國家發展之方針，不以中央應受其規範為限，憲法第一百五十五條所稱國家為謀社會福利，應實施社會保險制度，係以實施社會保險制度作為謀社會福利之主要手段。而社會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務，除中央以，與居民生活關係更為密切之地方自治團體自亦應共同負擔（參照地方制度法第 18 條第 3 款第 1 目之規定），難謂地

地方行政任務之遂行，然外聘委員畢竟不是依法考選銓敘取得合法與合憲基礎的公務員，其如何得以介入國家事務運作？法理基礎何在？本論文將進一步論證私人參與國家或地方行政任務之合憲性、合法性（含形式合法性與實質合法性）及正當性之基礎。

第三款 機關外聘委員之類型化之分析與建構

外聘委員不斷地出現於國家各行政領域之中，面對此現象本論文將從我國現行法令制度，透過不同角度之觀察加以分類並將之類型化，經由類型化，將散亂獨立的個別規範予以歸納、抽象、一般化並尋繹其形成一般法規範之可能性，蓋類型化亦為適用法律的過程，個案事實經由類型化，才能經由比對找到「適用之相同或適當的法規範」採用類型化應該是法制化的必然結果⁸⁵，對於目前散見於各法令之遴聘辦法或組織法中之專家學者參與國家或地方行政事務之現象，類型化不失為一種思考方法，但此之類型化並非全面類型化，而係適當之分類，本論將從其功能面加以分類外聘委員之類型，計有諮詢委員、甄審（評選）委員、爭議裁決委員、調解委員、監督管理委員、典試委員、調查委員及評鑑（鑑定）委員等，並針對實務上專門職業技術人員之參與可能引發相關法制實務爭議之問題一併進行研究。

第四款 外聘委員之權利義務

基於外聘委員地位之釐清，當他在介入國家行政事務過程中，所產生之權利義務將影響自身與人民之法律關係，例如外聘委員是否為刑法之公務員？其因涉案可否請求因公涉訟輔助或請求補助？在權利部分與傳統公務員法制上有無可能準用或類推適用；在義務部分，是否會因身分之改變，即從私人轉變成決策的一員而受到限制。在迴避、行政中立、超出黨派、禁止執行、服從保密以及財產申報之義務上如何與現行公務員做不同解釋，法理基礎何在？若形成法制，將採道德規範或強制規定？這也是實務上層出不窮弊案核心之所在，本論文將深進作法理與法制之分析。

方自治團體對社會安全之基本國策實現無協力義務，因之國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。」可供參考。

⁸⁵ 林子儀，言論自由導論，收於李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，2002年12月初版1刷，頁141。

第五款 外聘委員之責任

外聘委員雖為私人地位，然因參與國家事務運作，是否會因執行職務而將身分轉變成功能性質公務員，是核心之所在，責任來自於義務之違反；而義務來自於法律對其身分之地位之要求，故本論文將在一貫脈絡思考體系下進行外聘委員責任之分析，包括刑事責任、行政法責任以及國家賠償責任可能性，尤其是懲戒、懲處以外之措施，如除名、罰款等責任類型進行研究分析。

第六款 外聘委員之監督

外聘委員來自於民間，其本於自身之專業參與國家事務之運作並提出建議或為個案之決定，對於其參與之領域自有一定之權威，然其所作之決定若具有法效性，自不能逸脫於國家監督之外，本論文將介紹國家對外聘委員監督之模式，諸如國會監督、行政監督、司法監督（即司法審查）同時就我國實務發生之個案進行分析檢討。

第七款 外國法制之借鏡—以英、日委員會中心

在論述完我國外聘委員之相關議題與爭點後，本論文將進行我國與外國法制之比較研究，而取材對象則以英國及日本為主，從行政組織與政府改造的角度言，雖然英國法系與我國相去甚遠，但晚近組織之改革深受英國影響（尤其是 1979 年後英國首相余契爾夫人（Margaret Thatcher）的改革），然英國係重視傳統的國家，對傳統的尊重與重視向為人所樂道，本論文將就英國相關委員會制度，尤其行政裁決所（Administrative Tribunal）相關制度，包括其歷史沿革、特色、組成、成員資格及其運作以及對台灣的啟示，此外英國制度有裁決所與調查法（Tribunals and Inquiries ACT）可作為比較分析之客體。當然，外國制度並非全部引進，本文毋寧較重視外國法制對於我國法之啟發。

至於日本因地理相近，法制差異不大，作為比較國家最適宜，本此，本論文亦將一併分析研究，研究之重心將置於日本審議會之概況，由於是日本平成 11 年在內閣會議中提出了審議會縮減合理化的基本計劃，其中針對審議會之數量、類型、成員、運作作了明確化的改革方向，凡此均可對我國機關設立之委員會有所啟示。

第二項 研究內容與架構

本論文以外聘委員之法律地位為研究主題，共計九章其研究內容與架構如下：

第一章「緒論」，本章將闡述外聘委員之問題背景及研究動機，同時提出本論文之研究定位、內容與架構，依此展開本論文主題之研究。

第二章「外聘委員概念之界定」本研究主題既以「外聘委員」為中心，自應將其研究之對象、概念及範圍界定清楚，本章將含蓋下列概念，如私人參與／法制下之公務員，專業／專家，學者／社會公正人士，專業領域／公共領域，參與之依據法律／法規命令／行政規則，外聘委員／合議制機關委員。

第三章「外聘委員介入國家事務之法理基礎」本章將探討私人介入國家事務之合憲性、合法性與正當性；在合憲性基礎的內容上將從民主原則的角色及比較法的觀察論；合法性基礎即探討法律保留相關議題，至於正當性將與公共利益效率作聯結加以論述。

第四章「機關外聘委員類型化之分析與建構」本章為本研究主題之核心，將從現行制度著手，尤其是依外聘委員的功能作基準，分出其類型包括諮詢委員（含政策諮詢、法令解釋諮詢、個案意見諮詢）／甄審（評選）委員（含公共建設、政府採購、環境影響評估）／爭議裁決委員（含訴願、國家賠償、調解、申訴）／監督委員（基金管理運用、特定行政事務）／典試委員／調查委員；此外，在委員的功能化介述之後，將外聘委員依其參與之事務與決定效力作另一不同的分類觀察，包括審議調查型、對行政處分不服審查型以及諮詢審議型等。

第五章「機關外聘委員之權利義務」本章將與公務員法制上之權利義務作對照，逐次探討外聘委員之權利與義務，在權利方面將設定特殊議題，諸如因公涉訟之輔助、參加保險權、職務上支用公款公物等；在義務方面除了工作專業倫理規範之遵守外，尚包括利益迴避、嚴守秘密、行政中立、不作為義務以及財產申報等如何適用？準用？或類推適用公務員服務法或相關法制，在法學方法論上有無可提供思考之觀點，將於本章作進一步立法論與解釋論之闡釋。

第六章「外聘委員之責任」本章將延續前章義務而來，蓋晚近外聘委員之

運用極廣，在責任之追究上含蓋外聘委員是否為刑法上之公務員（含行為主體與行為客體），其於行政法上之地位如何？可否評價為國家賠償法之公務員？凡此均影響甚遠，故有予釐清之必要。此外在行政法責任與國家賠償責任方面，本章將現行學理與實務所面臨的問題逐一設定議題加以探究分析，以供學理與實務參考之用。

第七章「外聘委員之監督」本章將監督之角色，分節討論包括國會監督、行政監督與司法監督。並分析監督之方法、手段及其合法性，並佐之以相關案例作為論證之基礎，尤其面對專業之決定其與司法審查之界限如何？向為行政法的重大議題，凡此將於本章分節逐次討論。

第八章「外國法制之借鏡」本章將採用英國與日本制度，試圖從比較法之觀點，整理分析與我國制度之差異，並提出相關分析，對於繼受外國法制之際，尤應注意是否適於本土情境，否則將造成更多的問題，雖然他山之石，可以攻錯，但於繼受過程中尤應強調本國法制實踐優缺點之批判分析。

第九章「結論與建議」本章將本論文主要研究成果匯整，並摘述作成結論，最重要者係將研究過程中所發現之問題與提出相關之結論與建議，希冀面對未來層出不窮因法制缺乏規範之現狀予以補足，是為本論文之核心價值。

第二章 機關外聘委員概念之界定

第一節 機關外聘委員之概念

國家分官設職實現行政任務以公務員為主，公務員係指國家或地方自治團體任用，並與國家或地方自治團體發生公法上職務及忠實關係之人¹，一般說來，其須經過考試、銓敘等一定的任用程序，同時並具有法定之官等職等，此即官僚（或科層）組織下之公務員。

但是，因為傳統官僚組織系統常遭批評，最常見者莫過於政府遭文官把持統治，組織無效率，非市場體制及不民主組織等弊端²，於是如何在官僚組織系統之下提出對該組織之改造或活化，則常成為社會科學研究的重要主題。以公共部門的行政管理學者關心者，係官僚制度對政策形成過程的影響甚鉅，而公部門的政策目標具有高度複雜性和公開競爭性³，傳統官僚制度在面對此一挑戰，不得不有些新的改變。從行政組織成員的角度觀察，專家、學者、社會公正人士參與國家公共事務，可以適度減緩此種批評，因而在處理大量國家行政事務，專家、學者及社會公正人士可謂「無所不在」，甚至可以到「委員治國」（Government by committee）之地步⁴。

然而，這些以「專家、學者、社會公正人士」身分參與國家公共事務法制上應如何看待？從法律保留之觀點言，在組織保留部分，我國向來採取嚴格之法律保留，舉凡機關的職務名稱、內部人員的數量與職務列等均有詳細的規定，此固然有助於行政組織之明確性與穩定性，惟此等現象難以積極面對外界環境之快速變遷，因此 1997 年第 4 次修憲時，於憲法增修條文第 3 條第 3 項規定：「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定；同條第 4

¹ 吳庚，行政法理論與實用（10 版），作者自版，2007 年，頁 217；李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007 年，頁 175。

² Bureaucracy、David Beetham，中文翻譯「科層制」，比瑟姆著，鄭樂平譯，桂冠新知叢書，初版 2 刷（1997 年 9 月），頁 2。

³ 同前註，頁 45。

⁴ 這種現象並非台灣所獨有，以日本為例，1964～1999 年間該國的「審議會」（類似我國機關設立的委員會）大約在 211～277 個，及至平成 11 年的改革，即 2000 年才降至 105 個，迄 2008 年為止僅剩 118 個，資料來源日本の行政 2009，日本，行政管理研究センター，2008 年，頁 11。

項規定：「各機關之組織、編制及員額應依前項法律，基於政策或業務需定」⁵係將組織鬆綁，亦有回應組織法制僵化之弊端，但是這些改變仍屬於「依法任用之公務員」與以「專家、學者、公正人士」身分參與國家事務無涉，蓋此等人員通常未經考試及格亦未經銓敘任用，當然非公務人員任用法⁶、考績法⁷、服務法⁸等法制上所稱之「公務員」。如何界定這些法制上所稱之「專家、學者、社會公正人士」便成爲首要問題，本文試圖定義如次：

所謂「機關外聘委員」係指非公務員法制上之成員，而以其專門知識或技能之人，就其專業領域之案件（或事項）依法規參與國家或地方行政事務之諮詢、甄審（評選）、監督管理、調查、鑑定、爭議調解仲裁等事項而由機關首長遴聘之人員。外聘委員並非我國實定法之用語，法制上通常稱其爲「委員」茲就其概念介述如次：

第一項 機關外聘委員並非公務人員法制意義下之 公務人員

公務人員與國家之關係過去曾強調特別權力關係，有別於一般人民與國家之統治關係，惟二次世界大戰後，無論實務上或理論上迭有修正，晚近稱爲「公法上職務關係」⁹換言之，公務人員須依法須經考試及格、銓敘任用並定有官等職同時其任期並獲得保障等。但機關外聘委員特殊之處在於其係以「私人」身分並以其特殊之技術或學識能力介入國家事務，其並不須經考試及格，亦未經銓敘任用，與傳統法制下之公務員不同。

在一個委員會底下，其成員通常包括公務員與非公務員，而非經由公務員考銓程序之人，其須具備一定知識或技能，一般吾人稱爲「專家、學者或社

⁵ 翁岳生，台灣近年來行政法之發展，收於 2000 年台灣行政法學會學術研討會，台北，元照，2000 年，頁 5。

⁶ 公務人員任用法施行細則第 2 條規定，本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員。

⁷ 公務人員考績法第 1 條及第 4 條之公務員，謂各機關現職經銓敘審定合格實授之簡任、薦任、委員公務人員。

⁸ 公務員服務法第 24 條之公務員謂受有俸級之文武職公務員及其他公營事業人員。

⁹ 大法官解釋 430 號及 433 號。

會公正人士」此等人士參與國家或地方事務在歷史上並不少見¹⁰。這種組合有其優點，除了尊重專業集思廣義外，更可避免官僚主義作祟，讓行政程序得趨向公正¹¹。

第二項 機關外聘委員係以其專門知識或技能就其專業服務於國家之人員

機關外聘委員之所以受聘，無非以其高度之專門知識（specialized knowledge）或技能（skill）國家公共事務，一方面分擔或減輕中央或地方政府許多重要之職責；另一方面甚至扮演監督國家公權力之角色；隨著多元化與專業化社會的來臨，國家任務亦隨之變遷，在營建工程、醫療行為、輻射污染、空氣污染、環境影響評估、食品衛生安全、土壤及地下水污染等領域，須賴專家之指導與意見，雖然政策之決定係出自政務官或高級文官，但其決定政策往往接受專家之建議，在實現政策之過程亦有靠其知識與經驗者。國家在改造過程中，大量引用非公務體系成員的介入，此也間接造成了「委員會治國」的隱憂¹²。以台灣經驗為例，應否興建蘇花高，環境影響評估委員的決定可謂「舉足輕重」；E.T.C 與高捷 B.O.T 評選委員之決定將直接影響何家廠商承包政府重大建設，H1N1 疫苗注射是否造成病患死傷之審議，須由醫藥、衛生病理、解剖病理、法律等各方面之專家組成審議委員會加以判斷¹³；疫苗基金運用於新增疫苗採購時應依據衛生署傳染病諮詢委員會之建議項目，依成本效益排列優先次序¹⁴，由此可知，現代行政由於大量引進專家、學者參與公共事務，將對傳統由政務官決策、事務官規劃執行之模式產生不少衝擊。

¹⁰ 關於專家（expert）參與委員會（committee）之詳細描述參 K.G Wheare, F.B.A Government by Committee-An Essay on The British Constitution 12, 1955 Oxford。

¹¹ 西川明子，審議會等・私的諮問機關の現状と論點，收於レファレンス，2007年5月，頁60；金子正史，審議會行政論，雄川一郎他編〈現代行政法大系〉，有斐閣，1985年，頁118。

¹² 關於此點，英國行政法文獻上亦有討論，對於諮詢顧問之批評或專家介入國家事務運作多所批評，參 Peter Leyland & Gordan Anthony, Textbook on Administrative Law (5th edition)，楊偉東譯，英國行政法教科書，北京大學出版，2007年7月，頁121。

¹³ 傳染病防治法第30條第4項；預防接種受害救濟基金徵收辦法第3條、第4條。

¹⁴ 傳染病防治法第27條第3項。

第三項 機關外聘委員須依法規參與國家事務

機關外聘委員係以「專家、學者、社會公正人士」名義參與，但實際上其仍為私人之身分，但其參與之基礎大都依法律、法規命令或行政規則作為其任務履行之依據。茲從我國實證法之角度觀察如次：

第一款 依法律參與者

稱法律者其得定名為法、律、條例或通則¹⁵，行政法可大別區分為組織法（或機關法）與行為法（Organisationsrecht and Verhaltensrecht）規範各級行政組織之結構、管轄（權限）分支單位、職掌分工、人員分配及內部紀律等事項之法規統稱組織法，而規範組織運作及其與人民間發生之權利義務關係者為行為法¹⁶，從我國實證法觀察，機關內設立委員會之依據來源有係本於「組織法」，例如行政院組織法第 14 條規定：「行政院為處理特定事務，得於院內設立各種委員會」；行政院人事行政局組織條例第 15 條第 1 項規定：「本局因業務需要，得報請行政院核准，設立各種委員會、聘請專家學者或指派有關人員為委員，均為無給職」¹⁷；亦有來自於「作用法」，例如內政部應設定家庭暴力防治委員會，以內政部長為主任委員、民間團體代表、學者及專家比例不得少於委員總數二分之一¹⁸；又如全民健康保險法第 5 條規定成立之「全民健康保險爭議審議委員會」¹⁹；國家公園法第 4 條規定：「內政部為選定、變更或廢止國家公園區域或審議國家公園計劃，設置國家公園計劃委員會，委員為無給職。」又如依醫療法第 98 條及第 100 條²⁰成立之「醫事審議委員會」；此外，還有都市

¹⁵ 中央法規標準法第 2 條。

¹⁶ 吳庚，前揭書（註 1），頁 170~171。

¹⁷ 例如，人事行政局為強化對軍功教員工待遇之審議功能，成立「軍公教待遇審議委員會」審議軍公教年度待遇調整、加給項目標準、待遇改進方案以作為行政院辦理待遇相關事項之參據。

¹⁸ 家庭暴力防治法第 5 條第 1 項及第 6 條第 1 項。

¹⁹ 全民健康保險法第 5 條規定：「為審議本保險被保險人、投保單位及保險醫事服務機構對保險人核定之案件發生爭議事項，應設全民健康保險爭議審議委員會。前項委員會，由主管機關代表、法學、醫藥及保險專家組成之；其組織規程及爭議事項審議辦法，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。被保險人及投保單位對爭議案件之審議不服時，得依法提起訴願及行政訴訟。」

²⁰ 醫療法第 98 條規定：「中央主管機關應設置醫事審議委員會，依其任務分別設置各種小組，其任務如下：一、醫療制度之改進。二、醫療技術之審議。三、人體試驗之審議。四、司法

更新審議委員會之設置係依都市更新條例第 16 條之規定：「各級主管機關為審議都市更新事業計畫、權利變換計畫及處理有關爭議，應分別遴聘（派）學者、專家、熱心公益人士及相關機關代表，以合議制及公開方式辦理之；必要時，並得委託專業團體或機構協助作技術性之諮商。」

由上述分析可知，我國機關內設立委員會之依據源自於法律者有來自於組織法亦有作用法甚至行政救濟法制不一而足，如訴願法第 52 條規定：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。」

從比較法之角度，日本審議會之委員與我國外聘委員之參與相同，有不少審議會係依法律設立，依據日本國家行政組織法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關²¹在法律規定其職掌範圍內，依法律或行政命令的規定下，有關重要事項的調查審議、不服審查在經由專家學者（有識者）開會後，認為需要以適當處理事務時，得設置合議制機關。」因此，日本審議會亦稱為 8 條機關²²。舉例言之，國民生活審議會係依據內閣府設置法第 37 條第 1 項；電波監理審議會係依據電波法第 99 條之 2 設立；獨立行政法人評價委員會係依據獨立行政法人通則法第 12 條設立、宗教法人審議會係依據宗教法人法第 71 條設立，上述審議會之成員均包括有識者（即專家、學者）之參與²³。

或檢察機關之委託鑑定。五、專科醫師制度之改進。六、醫德之促進。七、一定規模以上大型醫院設立或擴充之審議。八、其他有關醫事之審議。前項醫事審議委員會之組織、會議等相關規定，由中央主管機關定之。」同法第 100 條：「前二條之醫事審議委員會委員，應就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，不得少於三分之一。」

²¹ 依據日本國家行政組織法第 3 條第 2 項及 3 項規定：「國家行政機關之組織分為府、省（按省等同於我國之部會，以下同）委員會及廳，其設置及廢止分別以法律定之；府及省為設於內閣統之下掌理事務之行政機關，委員會及廳為府或省之分支機關，在必要時得以法律明定國務大臣得以出任委員會與廳之首長。」

²² 西川明子，前揭文（註 11），頁 60。

²³ 審議會綜覽（平成 20 年），日本，行政管理研究センター，2008 年，頁 1、85、139、217。

第二款 依法律授權之法規命令參與者

我國不少的委員會之設立是由法律授權法規命令訂定者，例如溫泉法第 17 條第 3 項規定，溫泉開發及使用、開發許可程序、條件及其他相關規定之辦法由中央主管機關訂定²⁴，經濟部依上開法律授權訂定「溫泉開發許可辦法」該辦法第 8 條規定有申請溫泉開發審議委員會；又如促進民間參與公共建設法第 44 條規定，主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會。第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會委員應有二分之一以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。

而主管機關訂定民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 4 條規定，甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。前項人員為無給職。但非由本機關人員兼任者，得依規定支給兼職酬勞。第一項外聘專家、學者，應自管機關建立之建議名單中遴選後，簽辦主辦機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報主報機關首長或其授權人員核定。前項建議名，由主管機關公開於資訊網絡。第三項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由主辦機關首長聘兼之。

在日本，如上所述審議會之設置除依法律另有依「政令」即法規命令設立者²⁵，例如法制審議會係依法務省組織令第 57 條設立；中央教育審議會係依文部科學省組織令第 85 條設立；農林物資規則調查會係依農林水產省組織令第 86 條、輸出入取引（交易）審議會係依經濟產業省組織會第 95 條，顯見日本的中央行政組織命令均可依此設立與該會部職掌有關之審議會²⁶。

²⁴ 行政程序法第 159 條規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

²⁵ 芝池義一，行政法總論講義〔第 4 版〕，有斐閣，2001 年，頁 95～96。

²⁶ 審議會總覽，平成 20 年，頁 133、198、352。

第三款 依行政規則參與者

此種類型以諮詢性質之外聘委員為主，而其法制依據通常以「設置要點」出現，性質上相當於行政程序法第 159 條第 II 項第 1 款之行政規則²⁷。

實務上諸如總統府人權諮詢委員會設置要點（已於 95 年 5 月 19 日廢止），這些諮詢委員適時提供總統相關人權議題之諮詢與建議；司法院訂定發布的專家諮詢要點，諮詢專家所提供之專業意見僅供法官參考；法務部訂頒行政程序法與行政罰法諮詢小組設置要點等。

第四款 小結

從比較法的角度觀之，日本審議會之設置來自於法律或法規命令，甚至在國家行政組織法第 8 條有其設置依據，但反觀我國中央行政機關組織基準法對於存在於機關由專家與公務員所組成的委員會並未有基準性的規定²⁸，而係散見於個別的組織法或作用法，甚至亦有依「行政規則」設置，相較起來，似未對散見於機關內的委員會有檢討之跡象。

從立法論的角度觀之，為強化私人參與委員會之正當性與合法性，我未來宜思考將外聘委員參與委員會之依據提昇至法律或法律明確授權之法規命令為宜。舉例言之，現行國家賠償事件是由各機關成立國家賠償事件審議處理委員會，組成人員以本機關具法制專長之高級職員及遴選社會公正人士、學者、專家擔任，但現行國家賠償法及施行細則並未規定，未來於修法時，應一併考慮此一行政法學發展的現象²⁹。

晚近，從法制之發展亦有朝向此一趨勢，例如前述醫療法關於應設醫事審議委員會之規定（參該法第 89 條～100 條）將之提昇至「法律位階」後，即廢

²⁷ 行政程序法第 159 條規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：一 關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二 為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

²⁸ 唯一可以尋繹出類似者係中央行政機關組織基準法第 27 條，其規定一級機關、二級機關及三級機關得依法設立掌理、審議、訴願等單位。

²⁹ 林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），載於台灣本土法學 77 期，2005 年 12 月，頁 11。

止法規命令位階之行政院衛生署醫事審議委員會組織規程³⁰。

第四項 外聘委員之任務

外聘委員參與之委員會類型不一，日本行政法學者塩野宏教授將日本之審議會分為政策提案型、不服審查型以及案件處理型之審議會³¹。

從我國現行法制分析，國家引進專家、學者、公正人士參與行政事務之類型不少，或為不具法效力之諮詢專家所提供之專業意見；或為具有實質決定權之甄審（評選）委員³²；或為爭議之調解、仲裁及決定者³³，以下僅以圖表列舉幾種類型，更詳細之分析將於第四章說明，茲臚列如次：

表 2-1 機關外聘委員分類略表

委員類型		委員會全稱	法令依據
諮詢委員	政策諮詢	總統府人權諮詢委員會	要點
		經濟發展諮詢委員會	要點
		賦稅改革諮詢委員會	要點
	法令解釋	行政院及各部會之法規諮詢委員會（小組）	行政組織法第 14 條
	個案諮詢	私立學校諮詢委員會	私立學校法第 5 條
		文化資產審議委員會	文化資產保存法第 6 條
國家賠償事件處理委員會		各機關以要點設立	
審議委員	甄審、評選	公共工程甄審委員會	促參法第 44 條第 3 項
		政府採購評選委員會	政府採購法第 94 條
	計劃	都市計劃審議委員會	都市計劃法第 74 條
		都市更新審議委員會	都市更新條例第 16 條
		國家公園計劃委員會	國家公園法第 4 條
	案件處理	水污染防治費率審議委員會	水污法第 11 條第 7 項
		有線電線審議委員會	有線廣播電視法第 17 條
		公民投票審議委員會	公投法第 35 條第 2 項
		溫泉開發許可審議委員會	溫泉開發許可辦法
	爭議裁決委員	訴願	訴願委員會
申訴		採購申訴委員會	政府採購法第 86 條
藥害救濟		藥害救濟審議委員會	藥害救濟法第 15 條

製表／作者

³⁰ 該規程係於民國 95 年 2 月 7 日之廢止。

³¹ 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法，有斐閣，2008 年，頁 76～77。

³² 舉例言之，遠東 E.T.C 案中台北高等行政法院 94 訴字 752 號判決中略謂：「...審核評定選出最優申請人之「甄審決定」（促參法第 45 條第 1 項），係甄審委員會就民間依促參法（公法）規定申請參與特定公共建設規劃案之具體事件，作成單方之決定（評定），直接發生使特定申請人成為最優申請人（或次優申請人），並得與主辦機關簽訂投資契約之法律效果（促參法第 44、45 條參照），核其性質，自屬行政程序法第 92 條第 1 項規定之行政處分。」

³³ 此可參仲裁法第 6 條；政府採購法第 86 條。

第五項 外聘委員之產生

外聘委員之任務在於提供機關首長意見諮詢或為機關解決爭議或甄審之事務，相關組織規程或設置要點大都規定由機關首長之遴聘。

外聘委員之遴聘方式最常見者為「由機關首長聘兼」之立法例，但外聘委員類型不一，為求慎重有些委員會委員之遴聘須經相關法定程序始能生效，茲分為一般遴聘程序與特殊遴聘程序說明如次：

第一款 一般遴聘程序

遴聘猶如契約之要約，須經外聘委員同意後，由機關首長遴聘，故一般遴聘程序不外乎要約承諾（同意）發給聘書，晚近，我國法制上對此程序亦設有規定。例如民間參與公共建設甄審委員會委員遴聘，甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派（聘）兼之，主辦機關應自主管機關建立之建議名單中遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，應敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定³⁴。

第二款 特別遴聘程序

所謂特別遴聘程序係相較於一般遴聘程序而言，如果說一般遴聘程序係由機關首長遴聘，那麼特別遴聘程序可能較一般更為嚴格，其中以鄉鎮市調解委員之遴聘較為特殊，現行鄉鎮市調解條例第 3 條第 1 項規定：「調解委員會委員（以下簡稱調解委員），由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士，提出加倍人數後，並將其姓名、學歷及經歷等資料，分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院或其分院檢察署共同審查，遴選符合資格之規定名額，報縣政府備查後聘任之，任期四年。連任續聘時亦同。」

³⁴ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 4 條。

第六項 外聘委員與合議制機關之委員不同

我國法制上諸如公平交易委員會、中央選舉委員會、國家通訊傳播委員會...等為機關型態之委員會³⁵，該機關內之成員係依該組織法規定產生，雖名稱亦為「委員」但從各該組織法規定，其係定有官等、職等之專任公務員³⁶；但較為特殊者係中央選舉委員會，其雖為獨立機關但有關委員之聘任，除主任委員及副主任委員外，其委員之遴選應具有法政相關學識、經驗之公正人士擔任，並為無給職由行政院長提名經立法院同意後任命³⁷；此外，公務人員保障暨培訓委員會之保訓委員亦有兼任並由考試院長聘兼之³⁸。機關外聘委員僅係以其專門知識及技能就其專業領域提供意見及指導之人，與合議機關之專任有給之委員顯然不同。

外聘委員與獨立機關行政委員會之委員雖然名稱均稱為「委員」但從其產生過程、任命程序、權利保障、行為規範、職權行使等均不相同，首先就產生過程與任命程序言，獨立機關之行政委員會之「委員」由行政院提請總統任命，且大都有任期保障；至於外聘委員由於類型不一，除少數特殊情形外，大都在法規命令中規定由「首長」遴聘；其次，法制規範基礎亦不同，獨立機關之委員會均有獨立的組織法作為任命之依據；至於外聘委員除少數特別法律外，並無統一規範僅散見於法律或法規命令之中；再者，權利保障並不相同，獨立機關委員會之「委員」為「專任有給」受有俸給之保障；外聘委員由於並非法制下之公務人員，故參與時僅有出席費（或審查費；車馬費）並無俸給，由同僅係由機關兼聘之；又職權行使復不同，獨立機關委員會之委員於職權行使大都以「每週會議一次」必要時召開臨時會，並應有固定出席人數；但外聘委員依其功能或為諮詢或監督或為爭議裁決，職權行使並不一致，最後，資格限制也

³⁵ 2010年1月12日立法院三讀修正通過並預計於2012年1月1日施行之行政院組織法第9條規定，行政院設下列相當中央二級獨立機關，一 中央選舉委員會、二 公平交易委員會、三 國家通訊傳播委員會。

³⁶ 諸如，國家通訊傳播委員會組織法第4條第1項規定：「本會置委員十三人，均為專任，其中一人為主任委員，特任，對外代表本會；二人為副主任委員，職務比照簡任第十四職等；其餘委員，職務比照簡任第十三職等。委員任期為三年，任滿得連任一次。」

³⁷ 中央選舉委員會組織法第3條。

³⁸ 公務人員保障暨培訓委員會組織法第7條。

不同，獨立機關委員會成員由於強調多元專業並獨立行使職權，故委員具有同一黨籍者不得超過一定比例；外聘委員係由首長兼聘並不強調政黨資格。

外聘委員與行政委員會之委員雖然名稱均為「委員」，但彼此之定位、權利義務以及責任亦各不相同；之所以易造成混淆乃是我國行政委員會有「機關型」與「內部單位」之委員會，而本文所研究對象係指內部單位之委員，亦即以其專門知識與技能之人介入國家公共事務，並非在獨立機關組織法中定有官等職等之委員，是故本文所稱之委員並不包括獨立機關委員會之成員。

第二節 外聘委員產生之歷史背景與特色

第一項 多元社會下之產物

多元主義 (pluralism) 論者³⁹認為國家機關係一個被動的組合體，在該團體中，社會上各種利益團體都擁有其政治影響力和參與政治的管道，藉由各方之參與來形塑國家之公共政策，尤其在後工業化的民主社會中政府所面對的問題多樣且複雜⁴⁰，而如何處理這些問題有賴於各社會團體共同之努力，而讓各階層人員（尤其是專家）參與國家事務則為手段之一。

從比較法的角度，在英國政治制度保持了高度的連續性，它在長期的民主制度和參與性，公民文化秩序體系中建立起自己的公共行政管理，於此體系中，公共官僚有自己的身分特徵，同時執行權只存在於選舉產生的議會及其委員會中，然而晚近英國改革提出了替代性制度選擇，對於功能和角色進行一程度之分離，逐漸實現議會審議與執行功能之二之分立，由能力強的市長或某個領袖主持下的內閣來履行執行功能⁴¹；在德國，「職業化的公共部門」概念對憲法和

³⁹ 多元主義 (pluralism) 學派在 1950 年至 1960 年為美國政治學界之主流，代表學者有麥迪遜 (J. Madison)、蓬特萊 (A.F. Bentley)、道爾 (Robert Dahl) 等人；與此相對者係統合主義 (Corporatism)，係指國家機關和社會關係的一種安排意指在國家體系中將社會上主要社會團體和利益 (資方、勞方、農民...) 全部統合制國家體系中，而國家基於指導、定向、保護和控制以達到國家發展，此種模式出現於法西斯極權體制，1930 年代拉丁美洲民粹及 1960 年代的官僚威權體制。

⁴⁰ 典型者如基因工程、環保污染、輻射防護、醫學倫理、勞資爭議...等。

⁴¹ Hellmut Wollman & Eckhard Schröter 編，Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany-key traditions and trends of modernisation (比較英德公共部門的改革—主要傳統與

行政法國家都產生影響，公共部門的承諾是由國家來滿足多元化的社會利益需求，國家不代表任何的個人或群體，它本身就是主體，但是隨著時代之演進，德國在現代化過程中亦承擔了更多的職能，尤其在技術化及專業化的要求下，也產生了公共職能的多元化，但核心的部分如地域整合、內部秩序和公共財政的職能，仍由國家所保留，但諸如社會福利中之服務與保障也呼應了西方福利國家多元化的社會職能⁴²。

多元的概念如果依循上述理解無誤，那麼，我國機關外聘委員之產生無疑是多元社會下之產物⁴³，當社會價值紛歧，無法以一統的理念行之，此時尊重多元的價值存在是一條必然的軌則。國家任務之多樣化與專業化則是其促因，二十世紀的國家任務顯非單純的「警察任務」而是逐步邁向如何保障勞工、增加社會福利措施的思考；同時在醫療、環保、科技等公共行政領域問題的處理上，須仰賴具有高度專業知識的專家，對政府的法律、法案、行政決定提供意見，俾使國家於政策的擬定⁴⁴，個案之解決上能夠在政府與人民間有溝通的平台，外聘委員可以發揮互補的功能。

第二項 私人參與

外聘委員之特色即在於私人參與國家事務之運作，私人係相對於國家組織內之成員而言，亦即可以界定其非國家機關包括行政立法、司法、考試、監察機關之成員。通俗地說此之「私人」即指「民間人士」⁴⁵；至於「參與」國家

現代化的趨勢)，王鋒、林震、方琳譯，2004年11月，北京大學出版社，頁15、44。

⁴² Hellmut Wollman & Eckhard Schröter 編，王鋒、林震、方琳譯，同前註，頁45~46。

⁴³ 關於多元一詞晚近於公法學界亦有所探討，形成複數詞，諸如多元國家、多元文化（multiculturalism）、多元價值、多元主義，另參李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，2005年10月初版一刷（元照），頁5以下；林超駿，初論多元文化主義（multiculturalism）作為我國原住民權益保障之理論基礎，以 Will Kymlicka 與其對手間之辯論為起點，收錄於法治與現代行政法學—法治斌教授論文集，2004年5月初版1刷，頁310以下。

⁴⁴ 隨著科學技術之發達，風險預防與危險排除與防止成為國家新的任務，國會在此領域中亦大量授權行政，亦即涉及專業知識領域，國會本於法律授權給行政，而行政之政策擬定又須賴大量的專家介入，但此有學者指出此可能造成法律保留原則之功能在科技時代下逐漸被空洞化。參陳慈陽、王毓正，二十世紀以來之法治國理念之理論發展與實踐—法治國原則在科技與風險時代下，於我國法之實踐與挑戰，載於第六屆「憲法解釋之理論與實務」暨釋憲六十週年學術研討會論文集(上)，2008年1月11日，頁11。

⁴⁵ 此之民間人士係指非代表機關成員之身分。

事務從權力分立之角度，本文將限縮於參與行政權運作，不包括立法與司法權⁴⁶，而參與行政事務包括諮詢、評選、爭議裁決、監督協調等須高度仰賴專家之行政事務。

私人參與國家行政事務運作之團體通常稱為「委員會」(commison) 而其成員通常稱為「委員」(commisoner)⁴⁷這些外聘委員以其專業或以專家身分、介入行政權運作，我國法制上名稱大都以「專家」、「學者」、「專家學者」⁴⁸、「社會公正人士」、「社會人士」、「利益團體代表」⁴⁹、「政黨推薦之專家學者」⁵⁰不同之用語出現，細究這些成員其強調的面向大都不逸脫專門知識及社會利益之平衡，彼此有其獨特面但也有重疊之處，比如說學者可能是專家，專家也有可能是學者，但專家、學者又有其各別不同的職業傾向；又如社會人士與公正人士或政黨推薦之人士，此具有高度的抽象性，公正的背後或許即代表著某個利益團體，此時彼此僅係用語的不同，但結果之人選可能掌握在利益交換之下產生，是故如何界定此等成員則為首要課題，本文試圖從字義概念與法制層面逐

⁴⁶ 關於司法參與晚近司法院完成草擬「專家參審議行條例」(94年8月)以及有國民參與司法之議，參許惠佑，兩岸國民參與司法之研析，載於法官協會雜誌第八期第二卷。

⁴⁷ 在日本，有識者參加之團體則有「審議會」與「委員會」名稱，至於成員稱為「委員」；參審議會總覽(平成20年)，行政管理研究ヤンター出版，2008年，頁85、123、249；在德國，此種合議性組織又可分「決定性」之委員會或僅具「諮詢性」之委員會兩種，委員會之「委員」亦可分成「專職成員」(內部機關人員自己充任)「兼職成員」(內部其他機關成員)及「榮譽職成員」(外部社會人士充任)三種。參林明鏘，歐洲行政法，新學林，2009年，頁162。

⁴⁸ 災害防救法第7條：「中央災害防救會報置召集人、副召集人各一人，分別由行政院院長、副院長兼任；委員若干人，由行政院院長就政務委員、有關機關首長及具有災害防救學識經驗之專家、學者派兼或聘兼之。為執行中央災害防救會報核定之災害防救政策，推動重大災害防救任務與措施，行政院設災害防救委員會，置主任委員一人，由副院長兼任，並配置專職人員，分組處理有關業務；其組織由行政院定之。為提供災害防救工作之相關諮詢，加速災害防救科技研發與落實，強化災害防救政策與措施，行政院災害防救委員會設災害防救專家諮詢委員會，並得設災害防救科技中心。為執行災害防救業務，內政部應設置消防及災害防救署。」

⁴⁹ 私立學校法第4條：「法人或學校主管機關為審議學校法人及所設私立學校之設立、改制、合併、停辦、解散及其他重大事項，應遴聘學者專家、社會人士、私立學校教師代表、學校法人代表及有關機關代表十五人至二十五人組成私立學校諮詢會，提供諮詢意見，其中私立學校教師代表及學校法人代表合計不得少於全體委員總數五分之二。前項私立學校教師代表、學校法人代表，應由各相關團體推薦之代表中遴聘之。第一項私立學校諮詢會委員之遴聘、諮詢會之組織及運作辦法，由教育部定之。」(97年1月16日修正)

⁵⁰ 公民投票法第35條：「行政院公民投票審議委員會，置委員二十一人，任期三年，由各政黨依立法院各黨團席次比例推薦，送交主管機關提請總統任命之。主任委員由委員互選之，審議委員會之組織規程及審議規則，應送立法院備查。」(97年7月11日已遭司法院解釋645號宣告違憲)

一探究下列成員如次：

第一款 專家

大前研一是當代管理學界重要的人物之一，在其著作「專業」(The professionalism)一書中提到，許多大企業的領導人，在新進員工訓練會中期待其員工成為這個領域的專業.....」大前研一認為這是誤用「專業」這個詞彙，氏認為這種狀況所說的專業指的是「專家」(specialist)，專業與專家有點類似，但不盡相同⁵¹。

第一目 專家之概念

究竟專家 (specialist) 是什麼？學者認為，專家的任務是以其專門知識，聽從那些需要者差遣⁵²；另有學者從“professional”這個字的字源來定義「專家」“profess”乃源字於希臘文其意乃「公開宣稱」，故專家為那些公開承諾要幫助需要的人，因此，其具有特殊的責任或義務。因此公開承諾要幫助客戶是專家的先決條件，故專家係能提供客戶服務之人⁵³；此外，專家之運用甚廣，在訴訟法上有所「專家證言」(Tesyimony by Experts)，依 1998 年 8 月 8 日所修正之美國聯邦證據法 (the Federal Law of Evidence) 第 702 條針對專家證言規定：「如果科學、技術或其他專門知識有助於事實裁判者了解證據或認定爭論事實，因知識、技術、經驗、訓練或教育而具備專家資格之證人得以提供意見或其他方式作證⁵⁴。依此規定，只要專家所具備之科學、技術或其他專門的知識「有助於」事實裁判者(法官或陪審團)了解證據或認定爭論事實，即可作證⁵⁵。

⁵¹ 大前研一著，呂美女譯，專業 (The Professionalism) – 你的唯一生存之道，2006 年 5 月 31 日第一版第 10 次印行 (天下文化)，頁 18~19；關於專業之概念擬於後述。

⁵² John Kultraen, Ethics and Professionalism (Philadelphia: Umiversity of Pennelvania press, 1988) pp347~348；轉引自林火旺，專業倫理和社會責任，收錄於東吳大學法學院，法律倫理核心價值探討合集，台北，學林，2007 年 7 月，頁 11。

⁵³ Dary koehn, The Ground of professional Ethics (London: Routledge, 1994) p58，轉引自林火旺，前揭文，頁 11。

⁵⁴ If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise。

⁵⁵ 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演 (上)，載於萬國法律 129 期，2003 年 6 月，頁 65~66。

基此，專家之概念至少最低要求須具備科學、技術或其他專門知識。

一般的認知係指擁有該領域專門知識，而其身分經由國家認證並可以它為職業者，我國對於這些擁有專門職業及技術之人員之定義係指依法規經考試及格領有證明始能執業之人員⁵⁶，社會上所熟悉者如律師、醫師、會計師、工程師及建築師，不容否認這些人係該領域的「專家」。西方人把這些「師」字級的職業，都歸類為專業人士（professionals）這些專業的特質是有相當高層次的知識系統，必須透過高等教育學習，很難無師自通，一般人沒有足夠能力去判斷專門職業人員的優劣高下⁵⁷，但專家與專業人士是否相同？以下將說明之。

第二目 專家與專業人士

一、專家與專業人士

我國法制上機關外聘委員大都從「專家學者」遴聘，於此須究明者「專家」與多元化專業化社會之「專業人士」有無不同？尚有進一步釐清之必要。本文認為，二者仍有程度上之不同。所謂「專業人士」應係指具備經由現代化教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務與公共利益或人民的生命、身體、財產等權利有密切關係者而言⁵⁸，亦即專門職業技術人員。舉例言之，處理商業會計事務之「商業會計記帳人」，又如「土地登記代理人」係以代理人申辦土地登記為職業，須具備相關知識與經驗亦屬「專業人士」⁵⁹，另處理公司財務查帳之「會計師」以及執行開刀醫療業務之「醫師」等均為「專業人士」，其須具備該領域之「專業知識與經驗」方能勝任。

至於「專家」（expert；specialist），我國法制上常與「學者」「公正人士」併列⁶⁰，意指具有特殊知識與技能之人，在此意義上似乎很難與專業人士做區別，倒是在英美訴訟法上有所謂「專家證言」可以從它的描述中得知「專家」之概念，依據 1998 年 8 月 8 日修正之美國聯邦證據法第 702 條針對「專家證言」之規定：「如果科學、技術或其他專門知識有助於事實裁判者了解證據或認定爭

⁵⁶ 專門職業及技術人員考試法第 2 條規定。

⁵⁷ 葉匡時，期待專業菁英引領台灣的專業精神，載於天下雜誌 348 期，2006 年 6 月 7 日，頁 118。

⁵⁸ 司法院解釋第 453 號、654 號。

⁵⁹ 司法院解釋第 352 號。

⁶⁰ 訴願法第 52 條第 2 項；兒童及少年福利法第 10；促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項。

論事實，因知識、技術、經驗、訓練或教育而具備專家資格之證人得以提供意見或其他方式作證⁶¹。依此規定，只要專家所具備之科學、技術或其他專門的知識「有助於」事實裁判者（法官或陪審團）了解證據或認定爭論事實，即可作證⁶²。」《牛津法律大辭典》將專家證據定義為「具有專門技能的人以及在某些職業或技術領域中有經驗的人向法院提供證據」，這種證據通常是醫生、精神病學者、藥劑師、指紋專家所提供⁶³。

現代社會，科技突飛猛進，科學技術對證據之認定提供了甚大的幫助，過去無法判定的事實借助於「專家」常會有意外的收穫，尤其在犯罪偵查、交通事故、醫療糾紛、公害疾病的判定、精神醫學、DNA 鑑定相關的「專家」在發現真實上扮演重要的角色⁶⁴，在此意義下之專家就與專業人士有程度上之差異⁶⁵。

之所以不厭其煩說明「專業人士」與「專家」程度上之區別，乃在於對於二者注意義務責任之要求不同。一般說來，專業人士在執行業務過程中有瑕疵時，判斷其是否有過失（Negligence）之責任究係應採「合理的注意義務」或「高度的注意義務」即影響其責任之成立⁶⁶。

由於專業人士（如上述之土地登記代理人、記帳士、會計師、建築師或醫師）在執行業務之過程中須要運用大量的專業知識（professional knowledge），一般人並不一定明白或理解，以致於發生權利侵害之案件時（如醫療過失致死傷或營建物倒塌），人民對專業人士在執行業務過程中是否有「過失」，往往要

⁶¹ The Federal Law of Evidence Article 702, (U.S.A) ,If scientific,technical.or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue,a witness qualified as an expert by knowledge,skill,experience,training ,or education ,may testify thereto in the form of an opinion or otherwise 。

⁶² 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上），載於萬國法律第 129 期，2003 年，頁 65～66。

⁶³ 蔣云蔚，走下神壇，專家民事責任基本問題研究，法律出版社，2008 年，頁 115～116。

⁶⁴ 季美居，專家證據制度比較研究，北京大學出版，2008 年，頁 1。

⁶⁵ 大前研一，在其著作「專業」（The professionalism）一書中提到，許多大企業的領導人，在新進員工訓練會中期待其員工成為這個領域的專業……」大前研一認為這是誤用「專業」這個詞彙，氏認為這種狀況所說的專業指的是「專家」（specialist），專業與專家有點類似，但不盡相同，大前研一著，呂美女譯，專業（The Professionalism）—你的唯一生存之道，天下文化，2006 年，頁 18。

⁶⁶ 關於專業人士的責任（專門家的責任）日本文獻上有專書介紹，其中包括辯護士（律師）、公證人、鑑定人、公認會計士、司法書士、土地家屋調查士、宅地建物取引主任者、建築士的責任，參川井 健編，專門家的責任，日本評論社，2008 年，頁 9、51 以下。

從專業人士中水準較高，經驗更豐以及權威者—即「專家」來作出最後裁定並認定責任歸屬之事實。而此等鑑定工作可能就不是一般「專業人士」擔任，而是由「專家」擔任。

如此一來「專業人士」與「專家」就能清楚的區別了，例如台北「貓纜」T16 基座土石流失致有倒塌之虞，須由「專家」（四大技師公會）組成鑑定，但當時貓纜之基座選定亦是經過「專業人士」審慎評估過，如今發生繼續使用有危險之虞時，應由「專家」組團有做工程上的專業意見⁶⁷。

外聘委員係專業人士或專家？依上論述「專業人士雖有可能但並不一定是專家」，而專家亦不一定是專業人士」，有學者指出從事某一特定職業具有專門知識技能經驗均為「專業人士」，但並不一定是「專家」；同樣地，一個對某一領域有專精研究的專家如果不以該領域的職業為依託通常亦不成為專業人士⁶⁸。我國法制上對於遴聘外聘委員須「專家」顯然是應比「專業人士」較具社會經驗、知名度與信賴度和權威感。本文贊同專家與專業人士兩者概念有程度上之區別。

最後一值者，專業人士與專家對注意義務之要求略有不同，依據英國學者 Jackson & Poweel 所著之「專業過失」（Professional Negligence）一書認為⁶⁹專業人士須具備「必要技能，合理的關注和勤勉；忠誠、充實和公正」其中「合理的關注和勤勉」表現出專業人士在執行業務中應保持「合理的注意義務」；至於「專家的注意義務」係來自於社會的高度期待、信賴及尊重，其注意義務應提昇到更高的注意義務。從我國法的角度，兩者都應負之注意程度為「抽象輕過失」亦即欠缺「善良管理人之注意義務」之謂，所謂善良管理人之注意義務係指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人所應具備的注意義務，但在認定上專家的注意義務程度上又比專業人士高，其背後之理論基礎在於社會的高度期待、信賴與尊重。為便於清楚專家與專業人士之概念，茲整理兩者概念如次：

⁶⁷ www.libertytimes.com.tw/2008/new/dec/3/today-tl.htm，造訪日期 2009 年 4 月 22 日。

⁶⁸ 關於專家與專業人士之進一步區辨，劉燕，專家責任若干基本概念的質疑，載於比較法研究（大陸）第 5 期，2005 年，頁 143～150。

⁶⁹ 該書作者從工作的性質（the nature of work）、道德觀點（the moral aspect）、集體組織（collective organisation）及地位（status）來闡述專業（the Professional）之概念，參 Jackson & Powell，Professional Negligence，1-4，Sweet & Maxwell（1992）。

表 2-2 專家與專業人士概念區辨表

比較點	專家	專業人士
概念	◎如果科學、技術或其他專門知識有助於事實裁判者，了解證據或認定爭論事實，因知識、技術、經驗、訓練或教育而具備「專家資格」之證得以提供意見或以其他方式作證（美國聯邦證據法 702 條）。	◎具備經由現代化教育或訓練之培養或獲得特殊學識或技能，而所從事之業務與公共利益或人民的生命身體財產等權利有密切關係。（參釋字 453 號）
特色	具有社會高度期待、信賴與尊重。	運用專業知識、從事業務並以之為職業。
注意義務	專家的注意義務 （高於合理的注意義務）	合理的注意義務 （即善良管理人注意義務）
辯證	專家必具有該領域之專門知識技能，若從事該業務為職業，亦為專業人士，換言之，係更有頂尖或傑出之專業人士方成為專家。	專業人士比專家多，只要具有專門職業技能並取得證照且須此為維生之業務者，即屬之。

製表／作者

綜上所述，本文認為專業人士與專家仍有概念上之不同；首先，在我國法下專業人士須以證照為認定標準，不同行業有不同行業的專業人士，而須以證照為檢驗標準，蓋此涉及公益。至於專家在概念上雖並不要求證照，雖然頂尖的專業人士可能成為「專家」。但專家顯然應比專業人士更具有社會知名度、權威感及社會之信賴。因此「專業人士雖有可能但並不一定是專家，而專家亦不一定是專業人士。」

第三目 專家與專業人士在行政程之中之參與

晚近，隨著國家任務的變化，專門職業技術人員亦扮演介入公權力行使的角色，從傳統私部門進入公部門領域，並扮演公權力之行使，例如，會計師受政府機關委託檢查公司財務時，公司不得拒絕、規避⁷⁰。又如，經濟的自由化及開放化，公司如雨後春筍般的設立，而相關之經濟交易又與社會公共利益密不可分，於此情形下公部門對於私人公司的財務或相關營運應善盡管理督導之責，然礙於人力受限或相當之專業技術不足，此時亦可適度透過「專家參與」來達成國家目標，例如證券主管機關得指定專業人員向證券承銷商或其關係人

⁷⁰ 會計師法修正草案第 20 條。

檢查財務並提出報告⁷¹。

再者，行政事務決定之過程中由私人參與，以作成行政決定前透過私人參與，廢除國家的審查義務，由私人自我負責或在決定程序中由私人負責⁷²；換言之，國家放棄管制或者原本公務員來決定的安全標準，將程序交由私人負責，此之「私人」即由專業人士擔任。並由機關委託私人做整體規劃及原本由機關負責審查與計劃流程由私人負責。此種類型表現在建築法及都市計画法上最多。舉例言之，建築法、山坡地開發辦法、建築師法、技師法等有關規定，將行政監督與簽證技術分立，依內政部「建照執照審查表」規定之審查範疇審查，至於涉及相關專業技術或其他項目，應由建築師、土木技師及專業技師簽證負責，建管機關僅就其是否檢附報告及簽證部分予以檢視，此於過程中由私人參與是典型之例⁷³。

至於專家參與委員會更是常見的模式，若是爭議裁決的委員會，則具有法制專長的律師常成為受聘的對象⁷⁴；財務規劃或稽核的委員會則是會計師⁷⁵，有關工程方面的委員會則建築師、土木技師則為成員之一，有關醫學委員會則專業醫師自然不可或缺。

⁷¹ 我國證券交易法第 38 條之 1 規定：「主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊，並向主管機關提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔。」

⁷² 行政任務之完成交由民間來完成，國家僅居於監督者及擔保者的責任與地位；參林明鏘，歐洲行政法，台北，新學林，2009 年，頁 33。

⁷³ 建築法第 34 條第 1 項規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關審查或鑑定建築物工程圖樣及說明書，應就規定項目為之，其餘項目由建築師或建築師及專業工業技師依本法規定簽證負責。對於特殊結構或設備之建築物並得委託或指定具有該項學識及經驗之專家或機關、團體為之；其委託或指定之審查或鑑定費用由起造人負擔。」至於專門職業技術人員之責任與國家賠償之關係，學界尚有不同意見，相關文獻請參閱，黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督－簡評台中地方法院九〇重國字第五號判決，載於台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月，頁 200 以下；林三欽，對於建築管理事件請求國家賠償之思考脈絡－簡評最高法院九十五年字第 2049 號判決（東興大樓國賠），載於台灣本土法學 94 期，2007 年 5 月，頁 294 以下；林三欽，將「專業簽證」納入「行政管理體系」後之國家責任問題－以建築簽證為例，載於月旦法學雜誌（第 151 期）2007 年 12 月；林明鏘，論建照執照之審查與簽證－技術與行政分立制度，載於月旦法學雜誌（第 151 期），2007 年 12 月，頁 6 以下。

⁷⁴ 訴願法第 52 條。

⁷⁵ 行政院金融重建基金設置及管理條例第 7 條。

第二款 學者

學者係指有學問之人或從事學術研究之人，亦可指博學之人，我國法制上之外聘委員不乏以學者作為聘用之資格者⁷⁶，其標準何在，並未有一定的聘用資格⁷⁷？一般說來大略包括下列二者：其一，學者係指任教大學之教師而言，依大學法第 18 條之規定：「大學教師之聘任，分為初聘、續聘及長期聘任三種；其聘任應本公平、公正、公開之原則辦理。大學教師之初聘，並應於傳播媒體或學術刊物公告徵聘資訊。教師之聘任資格及程序，依有關法律之規定。」依此，任教於大學之人員可能包括教授、副教授、助理教授、講師亦得延聘研究人員從事研究計畫及專業技術人員擔任教學工作，至於「助教」僅係「協助」教學及研究工作應非學者⁷⁸。其二，學者應可包括任職於學術研究機構者，任職於學術研究機構者如中央研究院⁷⁹，其成員含院士⁸⁰及研究人員，中央研究院研究人員分研究員、副研究員、助研究員、研究助理及助理五等⁸¹，此之學者應係指研究員、副研究員、助研究員，不包括研究助理及助理。

至於學者身分之認定究應採形式說或實質說，前者係指任教於大學之教師（含講師以上），以及任職於學術研究機構之助研究員以上之人員，不管其專任或兼任⁸²，只要受聘於大學或研究機構均可稱為「學者」；至於並非上述人員但就某類學問或技能之研究有獨特見解及專門著作，是否可以稱為「學者」頗有

⁷⁶ 訴願法第 52 條，環境影響評估法第 3 條。

⁷⁷ 相較於「學而優則仕」之觀念，出任政務人員的資格則有一定之規定，例如司法院大法官任用資格之一，即曾任大學法律主要科目教授十年以上而有專門著作，參司法院組織法第 4 條第 1 項第 3 款；又如考試委員任用資格之一，曾任大學教授十年以上聲譽卓著，有專門著作，參考試院組織法第 4 條第 3 款。

⁷⁸ 大學法第 18 條第 3 項。

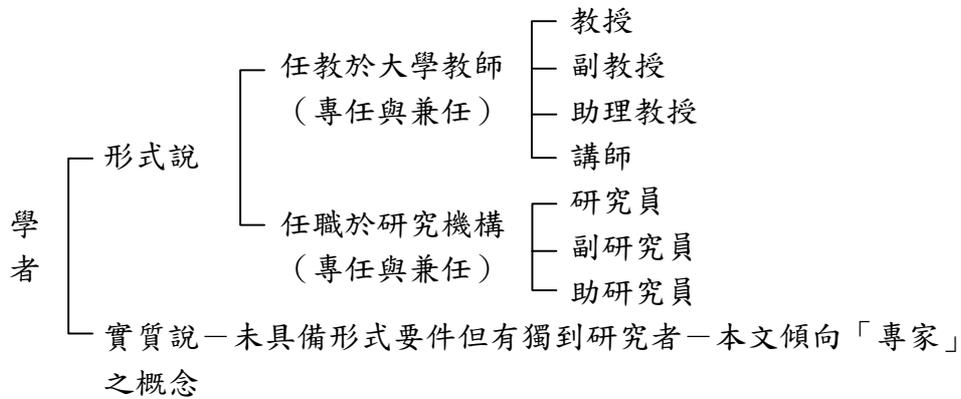
⁷⁹ 中央研究院組織法第 2 條：「中央研究院為中華民國學術研究最高機關，任務如下：
一 人文及科學研究。
二 指導、聯絡及獎勵學術研究。
三 培養高級學術研究人才。」

⁸⁰ 中央研究院組織法第 4 條：「中央研究院置院士若干人，依下列資格之一，就全國學術界成績卓著人士選舉之：
一 對於專習之學術，有特殊著作、發明或貢獻者。
二 對於專習學術之機關領導或主持五年以上，成績卓著者。
中央研究院院士為終身名譽職。」

⁸¹ 中央研究院組織法第 14 條第 2 項。

⁸² 至於兼任教授或研究員等是否為此處之學者，容或有討論之餘地。

疑義？依本文之見此類人員不妨歸類為「專家」，例如對於古蹟文物遺址之認定者或對冷門領域有獨到見解者是。依此可梳理出學者之概念如次：



製圖／作者

圖 2-1 學者概念分析圖

第三款 公正人士

諸多外聘委員之任用資格除了專家、學者之外，尚有「社會公正人士⁸³」此可謂極度抽象。公者，沒有自私的念頭；正者，不偏不倚（impartiality），所謂公正人士係要求對其所參與之行政權運作須公平正直沒有偏私。其實公正（fairness）之要求，不限於行政權、司法權更是奉有最高的圭臬，英美法諺 No man a judge in his own cause⁸⁴（任何人不能在自己的案件中充當法官），此為自然正義法則（Rule of Natural justice）中最重要的精神。事實上公平正義亦為法學的最高指導原則。

但是公正由誰來認定？這是個難題，外聘委員之遴聘係由機關首長為主，故是否為公正人士實際上係由首長認定，至於是否真正公正人士，則不得而知有些甚至是與首長關係良好者擔任，如此反而造成了不公正。因此當機關遴聘社會公正人士擔任外聘委員至少應具備以下幾點特質。首先，該人必須具備社會的普遍接受度，至於應如何檢驗應有公開的推薦制度。其次，公正本質上應

⁸³ 相較於此，日本審議會成員之資格較少使用「公正人士」而以「學識經驗者」為主，參恩給審議會（學識經驗者 10 人以內）；檢察官適格審查會（具司法制度學識經驗者 2 人）；厚生科學審議會（學識經驗者 30 人以內）；參日本，審議會總覽（平成 20 年），行政管理研究センター出版，2008 年，頁 93、127、223。

⁸⁴ H.W.R.Wade & C.F.Forsyth.Administrative Law 9th Edition（2004）p450，Oxford University。

該是正義觀念的民主化表現，因此其判斷的標準須回歸到社會理性人認為。此外在判斷是否為公正人士時還可以從過去已發生過的事證明不公正的情形。是故可能產生不公正之虞有以下幾種情形，以下這些情形可能並非「公正人士」：

- 一、與該從事之案件可能有利益掛勾或利益衝突者。
- 二、有具體事實足認其執行職務有偏頗之虞。
- 三、從過去之經驗有不公正之情形者。

為避免外聘委員參與之行政程序中發生利益衝突的情形，導致公正性遭到破壞，當然其聘用之要件須強調公正性，但本文認為此要件之落實有其困難，不管專家學者或公正人士之聘用須有事後刪除制度，晚近我國行政實務上對於民間參與公共建設之甄審委員會之外聘委員已建立「除名制度」⁸⁵。

第四款 利益團體代表

利益團體（interest group）從政治學上定義係指具有政治目的從事政治活動或透過政治活動為該團體或其成員爭取利益的團體，又稱壓力團體（stress group）⁸⁶，其形成與多元化社會有密不可分之關係，蓋社會多元化、利益團才有存在的意義與價值，同時可以吸引不同社群之人加入，其須具備組織化與實現共同利益之特徵，通常被描述成：「一種組織，雖然常和政府間有密切關係，但他們外在於政府，而嘗試去影響公共政策⁸⁷」或「一種組織，其成員採取影響公共政策的一致行動，以促進他們的共同利益⁸⁸」。

在一個多元的社會中，各別利益團體的存在通常可以為該團體自身的利益爭取權利。行政之目的在追求的公益。在法律上而言，公益並非抽象的屬於統治團體或其中某一群人之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益，亦非政治社會中各成員利益之總和，其係各個成員事實上之利益，經由複雜交

⁸⁵ 行政院公共工程委員會於 96 年 1 月起，為避免評審委員與廠商勾串，就其所建立之外聘委員資料庫名單中，若涉及弊案即「暫時」從資料庫名單中移除，確定涉案後立刻除名。

⁸⁶ 英國學者 Owen E.Hughes 認為利益團體與壓力團體，這二個名詞意義相同，它們代表利益的團體，透過壓力來從事運作，參氏著 *Public Management and Administration*（公共管理的世界）林鐘沂、林文斌譯，韋伯文化（Weber）出版，2003 年，頁 233。

⁸⁷ Owen E.Hughes 引用 Wilison Gradam K（1990）*Interest Groups*（Oxford;Blackwell）P1。

⁸⁸ Owen E.Hughes 引用 Pross,Paul A（1986）*Group Politics and Public Policy*（Toronto：Oxford University Press），P3。

互影響過程所形成理想整合之狀態。公益之判斷不能任憑國家主觀判斷，在一個多元社會中須本於客觀公正並透過公開討論，避免對公益有錯誤的認知，國家機關之作爲若違背公益將失其正當性⁸⁹。以勞資關係言，若能創造和諧的勞資關係共創利潤不僅勞方工作條件得以改善，資方亦因而可以獲得利潤，但勞方與資方就分別代表不同的利益團體，當國家的勞工休假政策、薪資調整等就應有個別利益團體代表的介入。

在日本，審議會之構成員（即委員）以具有「學識經驗者」居多，但偶爾也會有國會議員⁹⁰和社會特定成員代表亦即利益團體成員代表，例如中央社會保險醫療協議會，其成員包括健康保險之保險人及被保險人、船舶所有人的代表以及醫師、牙醫師等。但是在法律上，雖然上開成員係「利益團體成員」但並不受個別該組織團體的拘束，此點與有學識經驗者相同⁹¹。

我國法制上諸多私人參與的委員會，其成員中有利益團體代表加入者，如勞工退休監理委員會其大委員二十一人、勞方代表六人、資方代表一人⁹²，分別就基金之收支、保管、運用爲監督考核。此外，尚有內政部宗教事務審議委員會、殘障福利促進委員會、環保署再生資源回收再利用促進委員會⁹³等委員會。

引進利益團體成員其目的在於協調、妥協各方利益，蓋在多元社會中既有不同利益團體，其相互間自由競爭，難免互相衝突，至於衝突的調和在於裁決機構的存在，凡此種種均有賴獨立於競爭者以外之第三者予以執行，而利益團體成員加入有助於紛爭之調和與問題之解決⁹⁴。

第五款 政黨推薦代表

政黨（political party）從各種不同角度觀察，有其不同之意涵，一般來說政黨的成立是建立在特定社會及價值基礎之上經由政治資源與職位的取得進一

⁸⁹ 吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），作者自版，2007 年，頁 68～69。

⁹⁰ 日本地方制度調查會設置法第 6 條第 1 款，檢察廳法第 23 條第 4 款。

⁹¹ 塩野宏，行政法Ⅲ〔第 3 版〕行政組織法，有斐閣，2008 年，頁 77～78；日本，審議會總覽（平成 20 年），行政管理研究センター出版，2008 年，頁 271。

⁹² 勞工退休金監理委員會組織法第 4 條。

⁹³ 行政院環保署再生資源回收再利用促進委員會組織規程第 3 條。

⁹⁴ 至於這些利益團體成員究係該利益團體之代表或代理該利益團體則須進一步探究。

步影響公共事務的處理⁹⁵、政治學者麥迪遜（James Madison）認為，政黨是一群因為共同利益或感情而集結的公民，其利益與感情不利益於其他公民的權利，此亦道出政黨的另一個面向。

政黨的存在有其功能，除了選舉與政治領導之外，與人民權益相關者主要在於匯集民意與利益之表達，政黨可透過傳播管道去形塑部分民意影響政府施政方向，但政黨同時也是分裂社會的元凶⁹⁶，經常因一黨之私使社會呈現分裂狀態。然而沒有政黨，人民幾乎不可能以政治力量影響國家的動向或參與政治活動⁹⁷。從法律的角度，我國人民團體法第 44 條規定：「政治團體係指以共同民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民參與為目的，由中華民國國民組織之團體」從而政黨的地位在我國係屬一般人民團體，但政黨相較於一般人民團體對政府的決策的影響力則遠非一般團體所能比⁹⁸，是故以私人身分參與委員會者，我國法制上亦不乏由政黨推薦代表，其乃本於政治實力上之考量，例如公民投票審議委員會係行政院依法為處理特殊事件而成立之內部單位，主要為審議全國性全民投票事項，為保障審核公正與客觀，委員係由各政黨依立法院各黨團席次比例推薦學者專家組成，對於該委員會之決定，自有一定之尊重，然委員任命由各黨團推薦，司法院解釋 645 號將宣告違憲。

從另一個角度言，私人介入之委員會既係本於能公平客觀處理現行行政機關難以應付之事務，若因政黨的推薦或代表政黨之人數過多，則要達到公正客觀無異係緣木求魚，是故晚近立法例亦有採取禁止政黨比例過多者，例如，行政院金融重建基金管理委員會，所遴選之委員，分別由具有法律、經濟、金融及其他與管理會辦理事項相關領域之專業學識及經驗者擔任。管理會委員具有同一黨籍者，不得超過委員總人數二分之一。」此時對政黨代表作限制規定⁹⁹。

不管外聘委員之產生由政黨因素介入者係積極推薦或消極禁止參與比例，都可察覺出政黨之影響力。但此種由政黨推薦之代表能否達到客觀公正或僅係為該推薦政黨服務？頗有疑義，本文認為由政黨推薦之代表仍然須要具備有專

⁹⁵ 任德厚，政治學，作者自版，1999 年增訂 5 版，頁 221 以下。

⁹⁶ 處於今日台灣，各項民調皆顯現政黨惡鬥是台灣沈淪的主因，尤其藍綠對決、統獨爭議、政黨均難辭其咎。

⁹⁷ 法治斌、董保城合著，憲法新論，台北，元照，2005 年 10 月，頁 34~35。

⁹⁸ 李惠宗，憲法要義，台北，元照，2004 年 8 月，頁 95~96。

⁹⁹ 行政院金融重建基金管理委員會設置及管理條例第 7 條第 1 項。

家學者之身分，此一要件是否有蛇足之嫌容或有進一步討論的空間。

第三項 強調專業的表現

專業是什麼？依據 R.M.Jackson & J.L.Powell 所著「Professional Negligence」一書中認為一個職業被認為是專業的話有四個特徵，它必須從工作性質（The Nature of the work）、道德觀點（The moral Aspect）、集體組織（Collective Organization）以及地位（Status）來加以論述¹⁰⁰，從不同領域之解讀或有不同的面向，但一般說來，專業係指基於社會的利益，由一群人組合提供專業知識，其核心是對於一項工作的一組技藝、熟練、技術和能力，每一個專業對工作表現有其卓越的標準，它有自己的專業語言與倫理規範¹⁰¹，專業通常會與倫理並行，但倫理又形諸於道德，是故可否或如何將倫理規範化並賦某種程度之效力是有進一步討論的空間¹⁰²，綜合來說，專業具有以下特徵¹⁰³：

- 一、專業須具備有系統的學理基礎，且須經長期間正式教育及培養，具備經由現代教育之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務與公益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係而言¹⁰⁴，例如醫學、法律、建築、會計……等領域。
- 二、專業須擁有一套客觀公正、超然無私的行事規範，並強調高度自主。
- 三、專業不只在經濟上獨占和自我規約，除了須經認證¹⁰⁵才能加入專業，而且誰擁有這些能力是由專業成員自己決定。

¹⁰⁰ R.M.Jackson & J.L.Powell, Professional Negligence, P1~3, 1994, Sweet & Maxwell (U.K.)。

¹⁰¹ 林火旺，專業倫理與社會責任，收於法律倫理核心價值探（東吳大學法學院），2007年7月（學林），頁10~11。

¹⁰² 諸如每一個專業領域是否應有倫理守則，以法律領域言「法官守則」「檢察官守則」「律師倫理規範」，此究係強制性或訓示性？一般來說，法官與檢察官守則都沒有執行的規定，僅係道德的訴求，但律師的專業倫理規範係律師法的法律授權有具體執制的拘束，參黃瑞明，「職業倫理規範法律地位之探討」律師通訊207期，頁12~17；王惠光，法律倫理與法律人的社會責任收於東吳大學法學院「法律倫理核心價值探，2007年7月（學林），頁80~81。

¹⁰³ 林火旺，前揭文，頁11~12；曾淑惠，評鑑專業化的概念與發展對我國教育評鑑專業化的啓示，載於教育研究與發展期刊（第二卷第三期），2006年9月，頁177~178。

¹⁰⁴ 司法院解釋453號理由書。

¹⁰⁵ 專業原則上須有證照，指係指於專業領域工作時應具備之資格條件或通過的訓練，通常有「資格認定」「檢定」「證書」「認可」等形式而取得大業對執行專業的信任，例如金融證照、專業證照如律師執照、會計師、建築師、醫師執照等。

四、依據專業知識和標準訂立專業倫理，作為該專業永續的發展。

五、專業與職業略有不同，職業不僅是一個人賴以謀生的手段也成為一個人在社會上找到，並保持一個位置的根本方式，成為其安身立命之本¹⁰⁶；但專業須要一定時間正式教育且比職業需要更多時間。

國家任務之達成須賴機關之設立，從權力分立的角度，行政機關相較於國會與法院¹⁰⁷，對於公共事務之領域無疑地係最具「專業」的機關¹⁰⁸，故就其主管的事項上往常擁有最多的專業人才與資訊，因此行政機關比政府部門都專業¹⁰⁹，但是晚近行政組織之運作模式也有在行政機關內部又另設一批「專家」組成的委員會，來提供原本係專業的行政機關，諮詢意見或協助其爭議之裁決。

第四項 紀律與倫理規範之遵守

外聘委員須具備專業之要求，除了專門知識及技能外，首重紀律(discipline)與倫理(ethic)規範之遵守，茲有必要針對紀律與倫理之概念內涵進一步的闡釋：

第一款 紀律

紀律係指規律地遵令法律及倫理規範，任何行業均有其紀律之要求，對違反者加以懲戒方足以維持該領域之秩序¹¹⁰。通常紀律之要求會將之形諸於條文式的規範¹¹¹，類似一般俗話的「行規」。以律師為例，其應遵守的紀律包括不得

¹⁰⁶ 但有學者也認為「職業」這個詞，其實就掛著專業的味道，持續的專注於一項工作。如果只是「三天打漁，兩天曬網」談不上專業，給職業戴上光環不就是專業的態度，故其不區分職業與專業兩個，但仍承認專業含有更深的意含。參王寶蒞，理性與倫理－法律倫理規範教學的價值基礎，收於法律倫理核心價值探討，新學林，2000年7月，頁118～119。

¹⁰⁷ 但近年來亦有專業法院之興起，參顏玉明，從英國工程專業法院之發展談我國專業審理機制之現狀與期許，載於月旦法學雜誌第177期，2010年2月，頁34以下。

¹⁰⁸ 諸如對於環保、醫療、高科技、社會福利等公共領域，行政機關擁有的專業官僚對該任務之履行其專門知識必優於國會議員與法官，是故晚近委任立法的發達以及司法對行政機關「專業判斷領域」應尊重行政機關之「判斷餘地」只有在判斷瑕疵時才予審查。

¹⁰⁹ 葉俊榮，面對行政程序法，台北，元照，2002年3月，頁407。

¹¹⁰ 醫師法第25條第4款規定，執行業務違背醫學倫理，由醫師公會或主管機關移付懲戒；另律師法第39條；建築師法第46條。

¹¹¹ 例如專門職業技術人員中之律師，即有「律師倫理規範」本規範計50條條文，其中第二章即規定「紀律」(第12條～第19條)；另醫師倫理規範計26條，其中第五章即規定「紀律」(第21條～第24條)；甚至立法委員行為法亦有「紀律」一章(第25條～第30條)。

以誇大不實之宣傳支付介紹人報酬、聘雇業務人員或其他不正當之方法招攬業務¹¹²；不得以違反公共秩序善良風俗或有損律師尊嚴與信譽之方法受理業務¹¹³；不得以關說事件或招攬業務之目的，與司法人員為不正當之往還酬應¹¹⁴等。至於違反紀律之要求可由所屬律師公會審議，並作成勸告、告誡，並送請相關機關處理之處置¹¹⁵。司法院解釋第 378 號謂：「專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而須受懲戒者，基於職業團體自治原則及各種專業職業之特性，掌理懲戒事項之組織，多由法律授權主管機關以訂定組織規程方式，組成包括各該職業團體成員、行政主管人員及有關專家之委員會，如會計師及建築師等之懲戒組織是。至於律師依法負有保障人權、實現社會正義及促進民主法治之使命，其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切，法律對其懲戒機構之設立，遂有不同於其他專門職業人員之規定。」本號解釋應該是認為建築師、會計師及律師為專門職業，以及專門職業人員違背其職業上應遵守之義務時，應交付「懲戒」。其中義務之違反即未遵守紀律構成懲戒之原因。

外聘委員來自於各領域之專業人員，若屬於學者應有學術紀律之要求，若來自於專門職業技術人員自應遵守各該行業的紀律，而此等紀律之要求大多規定於專業技術人員之法律如醫師法、建築師法、律師法等。

值得討論者係「紀律規範」的性質為何？從上述律師與醫師之倫理規範中都有「紀律」一章而成為倫理規範的內容，其究竟僅為「道德勸說」或「具法律實質內容」？規範模式究係「訓示」或「強制」規定？將與倫理規範一併探討。

第二款 倫理規範

倫理（ethic）係指人與人之間相處的各種道德準則，進一步言，倫理所要求者係「人已關係」，道德則為「內在自我的要求」延伸至各領域，在其領域中也有必須遵守的「專業倫理」。如果一般道德是做為人自我要求的內涵，那麼專業倫理就是每一個人從事社會分工與他人之間所建立的規範¹¹⁶。申言之，任何

¹¹² 律師倫理規範第 12 條。

¹¹³ 律師倫理規範第 13 條。

¹¹⁴ 律師倫理規範第 14 條。

¹¹⁵ 律師倫理規範第 50 條。

¹¹⁶ 林火旺，專業倫理與社會責任，收錄於東吳大學法學院舉辦「法律倫理核心價值探討」論

一門專業均有其專業的倫理規定，其目的在於強調專業團體之成員間或該團體成員與其他社會成員互動時所應遵守的行為規範，並藉此發展出來的社會關係¹¹⁷，彼此互相信任此能兼顧公益與私益。此係從「應然面」之角度言。

然而從「實然面」觀察，專業人員未能遵守其倫理規範所造成對社會的影響遠超過吾人所想像，晚近台灣社會發生諸多違反專業倫理的現象，甚至已經達到違反法律的程度，例如會計師違反專業倫理作假帳，致企業主掏空資產；醫師收取藥品回扣，罔顧病人尊嚴，大學教授參與公共工程評審收取不當金錢¹¹⁸，這些現象的產生實代表著專業倫理淪喪的警訊¹¹⁹。

晚近，各領域亦開始注意其「專業倫理規範」並盡可能防範未然，但此等倫理規範仍不免落於道德的勸說或揭示。以「律師倫理規範」為例，其前言謂：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命，並應基於倫理自覺、實踐律師自治、維護律師職業尊嚴與榮譽，爰訂定律師倫理規範，切盼全國律師一體遵行」又如醫師倫理規範前言：「醫師以照顧病患的生命與健康為使命，除維持專業自主外，當以良知和尊重生命尊嚴之方式執行醫療專業，以維繫良好的醫療執業與照顧病患的水準，除了考量對病人的責任外，同時也應確認自己對社會、其他醫事人員和自己的責任，並應基於倫理自覺，實踐醫師自律、自治，維護醫師職業尊嚴與專業形象，爰訂定醫師倫理規範，引導醫師遵守正當為的基本倫理準則，切盼全國律師一體遵行。」觀其內容大都為道德之條目且抽象無比，吾人所思考者係可否將「專業倫理規範」轉化成「法律構成要件」，並賦予其法效性。

第三款 小結

外聘委員因參與之事務不同含蓋社會上不同之專家、專業人士以及大學教授，既然來自於社會各階層級，當然有不同的「專業倫理」要求，而且彼此在

文集，2007年7月，台北，新學林，頁10。

¹¹⁷ 王智弘，諮商專業倫理之理論與實踐，載於台灣心理諮商資訊網，造訪日期2007.1.22，網址 <http://www.heart.net.tw>。

¹¹⁸ 台灣台北地方法院97年度矚訴字第4號刑事判決。

¹¹⁹ 有學者認為，倫理與法律係不同層次，倫理應在法無明文下遇有兩難的情況下才予運用，若已違反法律，則已非「倫理」之範疇；但也有學者指出，各法系之間對倫理的認知有所不同，以美國法為例，其對倫理的概念係包含倫理、道德與法律三個概念。

量或質的要求容或有差異。但基本上對社會共同價值之遵守則無二致，例如參與國家事務而收受不當金錢及賄賂，此為社會價值所不容，又如接受關說、饋贈以及偏袒、洩密等，都是專業倫理所不許。

相較於專門職業技術人員之法律（如律師法、醫師法...等）我國法制上對於「外聘委員」之倫理要求僅見諸於母法授權訂定的法規命令，甚至行政規則的位階，此種立法模式，相對地減損外聘委員對專業倫理規範的要求，為今之計應透過紀律與倫理規範將之形成於法律構成要件中並賦予法律效果，如此方可減少層出不窮違反專業紀律與倫理之情事發生。

第五項 職務行使之獨立性

第一款 權力分立下之獨立

獨立（independence）一詞，在國家權力作用中經常出現憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」本條揭櫫司法之核心價值在於獨立，審判獨立不受任何干涉；此外憲法第 88 條亦規定：「考試委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」。增修條文第 7 條第 5 項規定：「監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」不管是「獨立審判」或「獨立行使職權」都強調其執行職務之獨立性，不受任何干涉。

「獨立」係不偏不倚，不僅客觀上要求獨立不受任何外來干涉，主觀上也必須本於良知與自覺（conscious）亦即於從事職務時個人內在思考運作應受到良心的自律與規範¹²⁰。上述憲法保護之法官、考試委員、監察委員於執行職務時均須「獨立」不僅是權利，同時也是其義務，若有所違背即辜負了憲法的付託。

第二款 外聘委員之獨立

法官（司法）能否獨立常成為憲法學研究之客體，然實證面法官獨立常遭人疑質，換個角度如果連法官獨立都遭疑質¹²¹，吾人怎能奢望要建立外委員的

¹²⁰ 李震山，審判獨立，收錄於月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月，頁 30。

¹²¹ 王金壽，獨立的司法、不獨立的法官？民主化後的司法獨立與民主監督，載於台灣社會研究季刊第 67 期，2007 年 9 月，頁 3 以下。

獨立性？但兩者性質顯然不同，外聘委員與上述憲法上之人員不同，其係於行政機關內為處理特殊事情而成立委員會之成員，理應隸屬於行政機關，在組織法上應係「內部單位」之成員，是否應遵守「行政一體」¹²²原則不無疑義？本文認為考諸我國機關內設立之委員會，其成立之背景在於面對多元專業分工之社會型態，傳統官僚機關無力處理，而須借重專家參與並引進其技術與學術能力，在職權之運作上若須本於行政一體受上級指揮監督則無異成為機關之保護傘¹²³，是故此等委員會運件之特色係本於專業，就其參與之國家事務能獨立行使職權。換言之，不僅客觀上外在不受行政機關之干涉；另外，外聘委員在主觀上亦應本於其良知獨立就其專業事務發表看法或作成決定¹²⁴。若外聘委員無法貫徹「獨立」之要求，則弊端將層出不窮。但於此須進一步說明者「外聘委員獨立性」之要求僅係就其所處理之個案而言，而應視其為何種類型之外聘委員，例如諮詢委員就其諮詢個案所作建議，是否採納仍應取決於行政首長；至於爭議裁決委員如訴願委員會¹²⁵，國家賠償事件審議委員會仍應取決於多數決，乃屬當然。

第三款 獨立之內涵

獨立之另一概念即公正無私，唯有獨立才能不偏頗（no partiality）而此亦為外聘委員之核心概念，其包括諮詢意見之獨立與參與審議偏頗之禁止。

外聘委員做為法律或政策之諮詢者，常會對最終的決定產生決定性之影響，故其獨立性不可少，於此有一問題者，我國不乏有法官擔任諮詢委員者，此是否妥適？本文認為，法官提供意見或建議行為並不妥適且為錯誤，蓋此舉

¹²² 所謂「行政一體」係指行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，雖因任務繁雜、多元，而須分設不同部門，使依不同專業配置不同任務，分別執行，惟設官分職目的絕不在各自為政，而是著眼於分工合作，蓋行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，參照大法官解釋 613 號。

¹²³ 藤田宙靖，行政組織法，有斐閣，2005 年，頁 92。

¹²⁴ 至於實際運作結果，若外聘委員係與機關交情匪淺的專家學者，則常成為護航工具，若有此種現象也正是弊端發生之開始，是故強調外聘委員執行職務之獨立性也正是防弊的開始，例台灣高鐵之營運交通部組成的履勘委員會提出改善缺失，並於媒體發表公開信，拒為高鐵安全背書，第二次履勘委員名單大幅更迭遭人質疑交通部改聘「配合度高」的專家學者，此是否對高鐵不良營運埋下不良因素尚待觀察。

¹²⁵ 訴願法第 53 條規定：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。」

勢必減損法官之公正無私性，即使實質上並無減損至少表面上已有損法官公正無私之形象¹²⁶。

此外，獨立係不偏不倚，外聘委員有偏頗之虞，即可能不公正獨立，英國行政法學者 H.W.R.Wade 依英國判的法提出兩個標準即合理懷疑（reasonable suspicion）與真實可能（real possibility）¹²⁷，某些委員會之成員事先對某些議題已有定見並發表反對見解，此時可否以其他事足認偏頗之虞，要求其迴避。舉例言之，環保署針對重大開發案之審議，設有環境影響評估委員會（下稱環評會），於環評會外有委員對影響環境之高污染產業表示反對到底，此時業者向環保者要求該等委員應迴避，蓋環評委員對於開發案已給否存有預設立場及成見，已構成行政程序法第 33 條的「執行職務有偏頗之虞」應迴避審查¹²⁸。

第三節 制度運用之批評

機關外聘委員雖有如上節所述之功能，然而在傳統官僚之外，引進專家學者，在某種程度上亦有負面功能，例如機關運用專家學者參與公共事務，藉以分擔首長政策決定之壓力及成為常任文官卸責的藉口，導致機關外聘委員會之運用常遭批評，但在機關不可能不用外聘委員的情形下形成「魚幫水，水幫魚」的機關組織文化，本文從社會研究法之角度提出機關外聘委員常遭指摘之負面功能如次：

第一項 護航—行政的保護傘

護航係指部會之政策或欲執行之事務已定，但為擴大社會共識基礎，在無法採取公民聽證的情形下，以專家學者做為共識決之基礎，但此種作法往往遭來外聘委員為特定政策護航之譏。在日本，審議會的活動運作，有時為讓管轄

¹²⁶ michale P,Seng，蔡惠如譯，法官倫理—司法獨立與專業之關鍵，載於司法周刊司法文選別冊，第 1366 期，2007 年 11 月 29 日。

¹²⁷ See H.W.R.Wade & C.F.Forsyth,Administrative Law 9th Edition（2004）Qxford University P464～466。

¹²⁸ 至於外聘委員是否為行政程序法之公務員之討論將於後論述。

的行政機關得到實現該機關政策的正統性，所以被批評為「機關的遮羞布¹²⁹」或「行政的保護傘¹³⁰」，因此日本才會有「審議會等的整頓合理化之基本計劃」進行大規模的改革¹³¹。

以我國為例，教育部對於高中 98 課綱之內容¹³²國文組委員之選聘有五分之四係由部長圈選的「特定護航人員」其中 7 人是台灣文學系教授主任，搶救國語文聯盟僅一席委員，形成教育部「找特定委員護航」亦有批評認為由教育部選定「立場偏頗委員」決定課綱內容，並不公平。

這種護航的現象並非僅限於教育政策之擬定，從法社會學的角度觀察，即便是攸關全民身體生命健康的食品衛生檢驗亦有相同的情形。以美國進口的農產品為例，不管是基因改黃豆與玉米、蠹蛾蘋果、狂牛疫區或者是含有「瘦肉精」的豬肉，我國設有「食品安全諮詢委員會¹³³」，其中包括動物用藥、食品科技、環境流行病毒的專家學者以備諮詢，但是是否開放進口，行政實務上不乏總是先有了定見之後，再開專家諮詢會議，行政部門強調事先徵詢過上述專家，由專家同意後才開放，但也有委員認為：「但專家只能提供建議，衛生署有他們的考量，我們也無置喙餘地」，此種現象形成了幫「政務官卸除政策決定的壓力責任」也替「事務官擋掉了不必要的麻煩」這也造成委員會最常遭遇批評的理由之一¹³⁴。

第二項 分割責任（卸責）的工具

近代組織理論家馬克斯·韋伯（Max Weber）認為現代官僚制（Bureacracy）行政官理體制之特徵有四：其一，層階制，在每一階層的分工中每個官員（含政務官與事務官）都有一種明確限定的權限，在履行職責時，對上級負責，其

¹²⁹ 塩野宏，前揭書（註 91），頁 80；滕田宙靖，行政組織法，有斐閣，2005 年，頁 92。

¹³⁰ 西川明子，前揭文（註 11），頁 64。

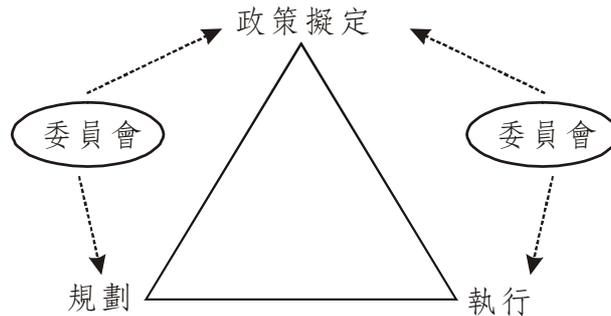
¹³¹ 有關該改革計劃內容參日本，審議會總覽（平成 20 年），2008 年，頁 432~433。

¹³² 教育部依據高級中學法於 2008 年 1 月 24 日公布 98 課綱，預定自 98 學年度高中一年級起逐年實施。

¹³³ 衛生署組織法第 18 條：「本署於必要時，經行政院核准，得設各種專門委員會，委員為無給職；所需工作人員，應就本法所定員額內調用之。」

¹³⁴ 通常這些批評都來自於媒體的監督，學術界之批評反而顯得客氣許多，諸如日本學者前面所言，他們都成為「行政的保護傘」。

二，連續性，借助一種使職員有正常晉升機會的職業機構職務構成了一種支薪專業，其三，專業性，官員是依照實績進行選拔依其職能加以培訓；其四，非個人（impersonality），行政工作須依規定進行，不能任意專斷或有所偏責¹³⁵；以現代行政組織運作原理係由政務官作成政策事務官負責規劃與執行，但實然面卻是在政府機關組織中有無數專家學者參與的委員會介入其中，造成了微妙的變化。



製圖／作者

圖 2-2 專家學者參與委員會事務圖

且實際操作的結果愈演愈烈有一發不可收拾的現象，如果不是委員會之運用有什麼好處，就是隱藏某種難以言說的妙用—其中之一即是可代行政官員卸責。

政務官與事務官之分類乃現代民主憲政國家普遍存在之分類，政務官係參與國家大政方針之決策並隨選舉成敗或政策改變而進退之公務員；至於事務官係指依既定方針執行之永業性公務員¹³⁶，如此區分各有職責。

然而，專家學者參與之委員會，由於是採集體決議制並採多數決之方式運作，共同決定、共同負責，職能無法清楚顯現，又無法集思廣益提出問題之解決方案，委員會即成為推諉卸責的藉口，甚至是官員的避風港；此外，對委員會之外聘專家學者而言，常會形成委員為自己行為負責，但對委員會的行為不負責的畸形現象¹³⁷。事實上，委員會之結論不論是採多數決或共識決，理應代表該委員會之決定，但常有委員於會外放話，其意見未遭採納，此種情形以環

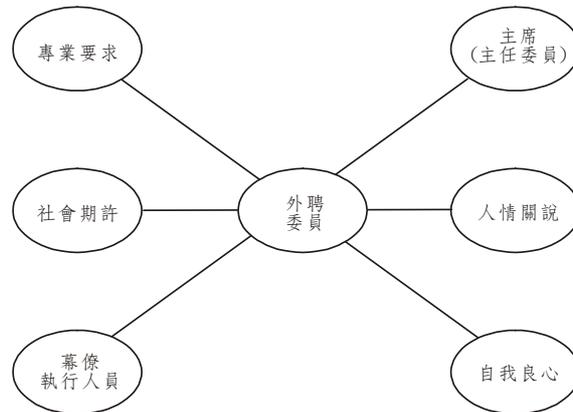
¹³⁵ David Beetham, *Bureaucracy*, 鄭樂平譯，科層制，台北，桂冠，1997年9月，頁11~12。

¹³⁶ 吳庚，*行政法理論與實用*（增訂10版），作者自版，2007年，頁249。

¹³⁷ 陳志華，*內政、財政、經濟、交通四部專設委員會的組織與運作*，1987年台灣大學政治研究所博士論文，頁128。

境影響評估委員會之運作最為常見¹³⁸，其心境惟有「孤臣無力可回天」足堪形容。

第三項 制度外之干擾因素



製圖／作者

圖 2-3 外聘委員干擾因素圖

機關外聘委員之所以遭致批評最常見者為人情關說，諸多弊案的發生常是盤根錯節的社會網路系統，如門生故舊、同窗情誼所造成的關說壓力，而這幾乎是制度設計時無法考量，因為以迴避之原因除親屬關係外率皆以有造成偏頗之虞，而此又係不確定法律概念，如何認定偏頗僅能於個案發生後，才從事後的事實去加以認定，如此以難防微了。

其次，委員會之委員與幕僚人員之關係也成為檢驗委員功能得否發揮之指標，蓋幕僚作業文件之完備與否，攸關委員會決定之成效，尤其幕僚是委員會實際的作業者¹³⁹，雖然在會議中他們僅列席不發表意見，但案件之匯整會簽意見全賴彼等之手，若一委員會之幕僚人員準備不充分，委員會之功能將大大降低。此外，亦有一種畸形現象，即委員會之委員唯幕僚之命是從，頗有主客易位之勢。而這些現象需從實務運作而加以觀察，法制面無法規範¹⁴⁰，這也造成

¹³⁸ 台灣近年來幾件重大的環評案都有此種現象，如台塑大煉鋼廠的環境影響評估案，應否進入第二階段之環評案之爭議，經濟日報 2007 年 10 月 2 日 A9 版；標題：「台鋼環評表決有利台塑」。

¹³⁹ 在諸多委員會組織規程中，幾乎都有幕僚的組織編制。

¹⁴⁰ 筆者近十年來有幸參與幾個專家學者組成之委員會，據親身觀察卻有上述現象。

制度之良窳全繫於人的因素。

再者，實務運作上各委員會之委員的性格也不一樣¹⁴¹，在委員會中有些委員其實並非該課題專家或相關人員，僅係作為相關團體之代表或作為有識之社會代表與會，此種似乎無法真正達到專家參與並解決問題¹⁴²。

第四項 運作過程遭質疑

在日本，委員會之運作及委員之參與最爲人所詬病者，在於其「黑箱作業」，諸如委員會之會議紀錄以及參與之委員名單應否公開。

一般而言，委員會之運作民衆大多從媒體報導得知其資訊，關於此點一直招受學界批評¹⁴³甚至建議主張應進一步開放委員會之相關資訊，因為對國民來說，狹義的資訊公開制度是「公開外界所要求之訊息」，因此所能拿到的是行政機關所保有少部分資訊而已，日本既然爲民主社會國民希望能監督行政機關之活動，並以主權者之身分參與相關之活動¹⁴⁴。

在我國，由於政府資訊公開僅係於合議制機關，不包括機關內設立之專業委員會¹⁴⁵，我國實務裁決亦開始有提出質疑之聲音，但法院之態度不一，以要求委員公開者諸如考試評分要求閱卷委員公開其評分標準¹⁴⁶；要求衛生署提供「醫事審議委員會名單¹⁴⁷」大多傾向保守態度。

第五項 遴聘易受政治影響

雖然專家學者以其「經驗、學識、專業」受聘於國家，理應強調其學識並獨立參與，但實務上有關各類榮譽職委員的遴聘不乏受政治黨派之影響，尤其

¹⁴¹ 依據東京大學公共行政研究所森田朗教授之觀察，氏將審議會之委員分爲幾種行爲模式，包括重視均衡型、自我主張型、自我顯示型、專注領域型、追求理念型、無關心型、行使拒絕權型，這些觀察甚爲貼切，參氏著，會議の政治學，慈學書選，2006年，頁19～25。

¹⁴² 森田朗，會議の政治學，慈學書選，2006年10月，頁23。

¹⁴³ 西川明子，前揭文（註11），頁64；塩野宏（註91），前揭書，頁63。

¹⁴⁴ 森田朗，前揭書（註141），頁129～132。

¹⁴⁵ 政府資訊公開法第7條第1項第10款之合議制機關紀錄係指依法獨立行使職權成員組織之決策性機關，其所審議之案由、議程、決定內容及出席會議成員名單。

¹⁴⁶ 台北高等行政法院97年度訴字1060號判決。

¹⁴⁷ 法務部94年10月3日法律字0940035791號函；高雄高等行政法院96年訴字926號判決。

具有任期制之外聘委員，通常政黨輪替後也常見委員之更迭。如此將難以貫徹專業之參與係具有獨立性。

第四節 外聘委員之法律定位

第一項 概說

外聘委員在社會上具有學識經驗，應遴聘參與國家公共事務，於此將產生一個問題，這些具有榮譽職身分的專家、學者，其法律地位如何¹⁴⁸？之所以探究此問題影響層面有二，其一，外聘委員之法律定位將影響其權利、義務以及責任；其二，他們的參與對公共事務而言，具有什麼樣的功能？將影響決定之效力？一個最簡單的問法，外聘委員是公務員嗎？在我國法制下公務員與公務人員之概念有些許不同，在適用各別法律的前提下須先加以確定其法律地位。此不僅在行政法之討論有其實益，刑法身分之確定更攸關當事人之權益。但是現在我國並未有公務員基準法，有關公務員之概念散見於各別法規，而刑法上公務員身分之認定又繫於總則之判斷¹⁴⁹，凡此均顯示如何定位外聘委員之身分在法律上極有實益。

專家學者參與公共事務由來已久，各國法制對於專家參與法律地位規範不一¹⁵⁰，這是出自於多元組織型態之出現，行政組織內之成員並非僅係傳統公務員擔任，有許多是由公務員、專家學者組成的團體，面對這一個轉變，相關法律也有修正的趨勢¹⁵¹。

相較於德國、日本，我國有關探討外聘委員法律地位的研究，不僅法制上未有建構之例，學術文獻的累積亦不多見。晚近由於專家學者所參與政府採購

¹⁴⁸ 在德國委員會之成員可分成「專職成員」（內部自己機關人員充任）、「兼職成員」（內部其他機關成員）以及「榮譽職成員」（外部社會人士）三種，此處所指係第三種，參林明鏘，*歐盟行政法*，新學林，2009年，頁162，另外日本稱這些學識經驗者為「委員」，但與行政委員會之委員不同。

¹⁴⁹ 刑法第10條第2項有關公務員之立法定義在2006年7月施行後有了新的改變，從過去依法令從事公務之人員到限縮為學理所稱之身分、授權及委託公務員。

¹⁵⁰ 以日本為例，有學識經驗者參加之審議會其身分該當於該國刑法第7條之公務員。

¹⁵¹ 德國在1975年為因應私人參與行政組織而有刑法第11條第1項第4款之修正。

評選委員會，有涉及不法情事遭檢察官起訴法院判刑之案例，而其中之爭點於這些專家學者之身分究應如何定位亦引起爭論¹⁵²。

於是本節之研究重點將詳細討論，外聘委員參與公共事務其法律地位如何建構。首先，外聘委員與傳統行政機關內之公務員概念是否相同？包括行政組織法上之公務員（或公務人員）以及其是否為刑法之公務員？其次，從參與之功能面觀察，外聘委員之參與與行政法上之行政委託、行政助手在概念上有何差異？再者，司法院晚近提出專家參審條例草案，有關外聘委員參與行政事務與「專家參審」有何不同？本節亦將一併比較研究。

最後，概念上易於混淆者係我國有許多合議制機關例如中央選舉委員會、國家通訊傳播委員會、公平交易委員會，這些委員會之成稱概稱「委員」與機關內設立之專業委員會有外聘委員之加入，二者在任務、職掌、任期保障、待遇均不相同，自有必要予以辨正。

有鑑於此，本節雖然以「外聘委員之法律地位」為核心，但論證上須與各類型相似之法律概念及職務功能作比較方能釐清其法律地位並建構出獨立之類型。

第二項 外聘委員在行政法之地位

我國目前未有公務員基準法之制定，有關公務員之概念散見於各別法規，故有關公務員身分之認定須回歸各別法規之適用對象加以判斷¹⁵³。然而外聘委員參與公共事務就某些公權力行為而言，與公務員無異，但是其職位並未如一般公務員獲得保障，相關之權利、義務甚至責任是否相同，爰有必要就外聘委員在行政法之地位進一步說明。

第一款 外聘委員在行政組織法之地位

專家學者參與公共事務，其身分在機關稱呼為「委員」亦即外聘委員，外聘委員原非機關依法任用之公務員，但他（她）所參與之業務或任務卻是不折

¹⁵² 台北地方法院 97 年度矚字第 4 號刑事判決（南港展覽館案）。

¹⁵³ 公務員服務法第 24 條；公務人員保障法第 3 條及第 102 條；公教人員保險法第 2 條；公務人員任用法施行細則第 2 條；公務人員行政中立法第 2 條及第 17 條；公職人員利益衝突迴避法第 2 條；公職人員財產申報法第 2 條；刑法第 10 條第 2 項；國家賠償法第 2 條第 1 項。

不扣的「公共事務」，於是即產生一個問題，私人參與公共事務領域，取代或協助行政機關達成行政任務，其性質為何？又本為「專家學者」在受政府委託從事其專長的業務時，此時其定位究竟為何？是「專家學者」（私人）？或變成公務員或準公務員？有無形成公法上職務關係？是否具備法定職務權限之人？在不同學科之間（如行政法與刑法）究竟應採一致之概念或不同之解釋？事涉其權利義務及責任之歸屬，同時私人參與行政事務之類型不一，法律效果各異，有關個別觀念之掌握，有進一步說明之必要。

國家並不一定要親自履行或完成行政任務，公共行政之承擔者除了公法人外，還有獨立或分擔國家職能之私法自然人或法人團體¹⁵⁴。晚近，國家任務之多元化與專業化，有引進私人分擔國家之事務，但因參與之程度與事務不同，類型與權利義務責任亦各別，復因係委託行使公權力或單純履行契約義務也不同，約略而言，有公權力委託、行政輔助人（助手）、專家參與及依法履行法定義務之人四種型態，茲分目說明。

第一目 行政委託（公權力委託）

一、行政委託之概念與程序

行政機關將其權限之一部委託人民（包括自然人與私法人）以人民自己名義執行者，稱為公權力委託私人行使或稱行政委託（*Beleihung*）¹⁵⁵。行政程序法第 16 條規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。同時，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」是行政委託制度之法律規定。

行政機關將公權力行使之一部分權限移轉給民間團體或個人須有法規依據，而此之法規係指法律，法律具體授權或概括授權之法規命令，學者進一步指出，上述條文之「依法規」並非行政程序法第 16 條而係「行政作用法」之範

¹⁵⁴ 以德國為例，經濟行政管理也以各種方式使用官方聘用的專家以及大量的專家小組，例如，鑑定總體經濟發展的專家委員會、環境問題專家委員會、壟斷集團委員會、聯邦青少年作品檢查局、食品註冊委員會等，參 Roif Stoter 著，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，中國政法大學出版（1999），頁 284。

¹⁵⁵ 關於行政委託（*Beleihung*）一詞，於使用上易造成混淆，如黃錦堂教授即認為第 15 條之權限委任委託為「行政委任與行政委託」，參氏著行政組織法之基本問題，刊於翁岳生編，行政法（上），台北，元照，2006 年，頁 288。

疇始足當之¹⁵⁶。又公權力委託與單純辦理行政事務有別，行政事務之委託如為私經濟或不對外發生效力之事實行為，只要法律未有禁止規定，行政機關自得本職權自由委託私人辦理¹⁵⁷。至於公權力委託私人之方式，除單純行政事務¹⁵⁸（私經濟事務），以私法契約方式委託外，尚有二種，其一為機關以行政處分或行政契約方式為之，其二，直接以法律規定，若係以後者，則不必斤斤於是否有行政行為之授與公權力或曾否公告周知¹⁵⁹。綜上所述，公權力委託具有以下幾點特徵¹⁶⁰：

- (一)委託業務具有公權力之性質。
- (二)由受託團體或私人直接作成決定，並非僅交換意見由受託人參考。
- (三)受託人係以自己名義為行政行為。
- (四)行政委託須踐行相關委託程序。

此種私人參與模式公權力介入之程度最強，換言之私人即扮演執行公權力之角色，相關法制之建構亦較完整，包括私人參與後之身分¹⁶¹、相關程序¹⁶²及事後救濟途徑之處理¹⁶³。

綜合上述觀察，以私人身分參與國家公共事務之外聘委員與行政法學理之「行政委託」約有以下幾點不同：

- (一)首先，行政委託（受託行使公權力）機關須將權限之一部分移轉給受託

¹⁵⁶ 黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督－簡評台北地院 90 重國字第五號判決，台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月，頁 200。

¹⁵⁷ 吳庚，行政法理論與實用，自版，2007 年增訂 10 版，頁 190。

¹⁵⁸ 單純行政事務之委託如環境清潔、保安警衛、文件物品之整理電腦程式設計與資料輸入等。

¹⁵⁹ 舉例言之，兒童及少年福利法第 47 條第 1 項規定：「直轄市、縣（市）主管機關就本法規定事項，必要時，得自行或委託兒童及少年福利機構、團體進行訪視、調查及處遇。」「直轄市縣市主管機關就本法規定之事項，必要時得自行或委託兒童及少年福利機構、團體進行訪視、調查及處遇，又別證券交易法第 38 條之 1，主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業技術人員，檢查發行人、證券商或其他關係人財務狀況...並向主管機關提出報告或表示意見。」

¹⁶⁰ 董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面挑戰，收於 2007 行政法學會論文集，台北，元照，2007 年，頁 252~253。

¹⁶¹ 行政程序法第 2 條第 3 項：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」

¹⁶² 行政程序法第 16 條：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。第一項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」

¹⁶³ 訴願法第 10 條；行政訴訟法第 25 條及國家賠償法第 4 條之規定。

團體或私人；外聘委員並無分擔權限，反而是加入行政機關職權之實踐，並無權限移轉之問題。

(二)其次，行政委託須踐行委託程序即刊登政府公報或新聞紙；而外聘委員之聘任過程，係自主管機關建立之建議名單中，遴選後簽辦主管機關首長或其授權之人員核定；經外聘委員同意後，由主辦機關首長聘兼之，兩者並不相同。

(三)再者，行政委託後關於委託事項作成決定對外須以受託者名義對外行之；然外聘委員參與之委員外，如須對外行文應以機關名義行之。

(四)復次，行政委託之委託費用，除另有約定外，由行政機關支付（參行政程序法第 16 條第 3 項）；外聘委員之費用，原則上外聘委員為無給職，但得依規定支給兼職酬勞。

(五)最後，從救濟途徑言，對於行政委託事務不服者，依訴願法第 10 條及行政訴訟法第 25 條規定，可分別向委託機關提訴願或以該團體或私人為被告提起行政訴訟；至於外聘委員參與之委員會因係以主辦機關名義對外行文，故其救濟途徑仍循一般行政救濟途徑處理。

從上述分析，外聘委員雖係應依法令從事於公共事務，但是與行政法上之「行政委託」尚屬有間不可混為一談。

第二目 行政助手

一、行政助手之概念

行政助手又稱「行政輔助人」係在機關指示下從事協助公權力行使，參與之事務大都為技術性或勞務性事務。舉例言之，縣政府警察局與拖吊業者簽訂交通違規拖吊委託辦理，合約書之法律性質究係私法或行政契約？此涉及是否有正式授權行為（公權力移轉）？抑或僅係「行政助手」？按「公權力委託」與「行政助手」兩者並不相同，前者具有名義及執行上之獨立性，而後者係在機關之指揮監督下並無獨立性可言，學者認為，「縱使行政助手所執行之行為涉及公權力之行使，然因其僅居於工具之地位，無獨立決定之權限，公權力之發動仍存在於行政機關，並未移轉私部門，是以不應將之納入「委託行使公權力

之概念」¹⁶⁴，依此警察局與拖吊業者簽訂之契約係私法上之承攬契約（有反對見解）不具任何公權力移轉或授權¹⁶⁵。

行政助手於行政法上雖然僅係「輔助人」之地位，其參與之事務大都為技術性或勞務性，但無礙於其協助行使公權力，故於執行拖吊業務致損害他人車輛時，仍具有「國家賠償法上公務員之地位」。

二、外聘委員是否為行政助手？

行政助手係行政機關手臂之延長又稱「行政輔助人」與上述「受委託行使公權力」有別，行政助手不能以自己名義及意思，獨立對外處理事務，須聽命於機關之指揮，事實上晚近國家諸多公共工程或政府採購事件都引進專家學者參與甄審評選，此乃借助其專業能力進行評選，基本上其係本諸專業自主執行職務，並非聽命行事，事實亦無任何行政機關人員在旁聽其發號施令，此等人員在行政機關內部組成甄選委員會成為機關之內部單位，雖作成決定以機關名義，但於評選時絕不受機關之干涉與指揮，否則即失其意義，是故此等成員亦非行政法上之行政助手。

第三目 專家參與

前述行政助手介入公權力行使係強調技術或勞務上之協助並無國家授權可以獨立行使公權力，與「公權力委託」並不相同，但在公權力委託與單純協助之間，有一種介入國家公權力之型態者係「專家參與」。隨著專業化與多元分工化社會的來臨，國家引進具有專門知識或技術之人員分擔國家事務，該等專業人士在執行職務上具有完全的獨立性，但卻以行政機關名義為之，此等模式成為行政法上新興的研究課題¹⁶⁶。於此應討論者係「專家參與」究竟應否列為「公

¹⁶⁴ 陳愛娥主持，行政契約之研究－以代替行政處分之行政契約與委託行使公權力之行政契約為探討對象，法務部 92 年度委託研究計劃，法務部編印，2003 年 12 月 8 日，頁 46～47；然亦有學者認為「委託私人執行違規停車場拖吊業務納入委託行使公權力」，參劉宗德主持研究「政府業務委託民間辦理類型及程序」研究報告，頁 144，行政院經建會亞太營運協調中心委託。

¹⁶⁵ 董保城教授於陳愛娥教授主持研究，（前註）審查意見，頁 131；另參董保城，行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究，載於台灣本土法學第 51 期，2003 年 10 月，頁 151～153。

¹⁶⁶ 晚近，亦有文獻開始注意此一現象，相關文獻請參閱，黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督－簡評台中地方法院 90 重國字第 5 號判決，台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月，頁 200 以下；林三欽，將「專業簽證」納入「行政管制體」後之國家責任問題，載於東吳行政法圓桌論壇第二回，民國 96 年 5 月 30 日，該文並刊於月旦法學雜誌，2007 年 12 月，頁 193 以下。

權力委託」之類型？或屬「行政助手」？或可為獨立之類型。

一般學者所稱之專家參與，係指國家將某特定事務全權委託民間專家獨立執行，再根據該民間專家之決定以國家名義作成最後之決定¹⁶⁷。在此民間專家作成之決定不僅不是最終的，並且對行政也沒有拘束力，然通常行政都會加以尊重。事實上，專家參與之類型不一（將於第四章論述），若以參與時間之長短，有長期參與（如發給聘書有一定任期）亦有個案參與者，前者諸如國家機關內部設立的諸多委員會的委員，其係以專家學者社會公正人士之身分應聘參與國家事務之運作，如訴願委員會之專家學者外聘委員，國家賠償委員會之外聘委員，後者係針對個案以其專業介入，如政府採購之評選委員，依採購評選委員會組織準則第 3 條第 1 項之規定，完成評選事宜旋即解散。

第四目 依法律規定履行法定義務之人

與公權力委託、行政助手及專家參與概念有別者，還有被稱為「依法律規定履行法定義務之人」，我國實務上如所得稅法第 7 條第 4 項、第 89 條第 1 項，營業稅法第 21 條所規定之「扣繳義務人」證券交易稅條例第 4 條，娛樂稅第 3 條第 2 項之「代繳人」¹⁶⁸，代替役實施條例第 3 條僅規定替代役男係需用機關擔任輔助性工作履行公共事務或其他社會義務，並未變更其服兵役義務之本質¹⁶⁹，亦屬「依法律規定履行法定義務之人」。

第五目 小結—私人參與公共事務概念之比較

私人參與公共事務之履行其性質將影響所處理事務之定性，同時在權利義務及責任均不相同。如上所述，私人參與國家任務，此私人之角色是否因而有所改變將遷動整體法律關係，依本文所述，除依法履行法定義務之外，依參與程度之強弱分行政委託、行政助手與專家參與，茲更就相關概念概念列之如后：

¹⁶⁷ 許宗力；論行政任務民營化，收於翁岳生教授祝壽論文集，當代公法新論（中），頁 588，台北，元照，2002 年。

¹⁶⁸ 黃啓禎，前揭文（註 166），頁 200。

¹⁶⁹ 最高法院 97 年台上字 2791 號刑事判決。

表 2-3 行政委託、專家學者外聘委員與行政助手比較表

私人參與類型 比較點	行政委託	專家學者外聘委員	行政助手
法律地位	<ul style="list-style-type: none"> ◎受託行使公權力範圍為公務員（刑法§10 II ②） ◎國家賠償法§4，視為委託機關公務員。 	<ul style="list-style-type: none"> ◎外聘委員類型不一，宜視其為何類型而定性。 ◎以政府採購評選委員為例，實務見解尚未一致，有謂「依法委託」之公務員，有謂「諮詢參考」之行政助手，本文認為兩者皆非。 	<ul style="list-style-type: none"> ◎非公務員法制之公務人員，但為國家賠償法§2 I 之公務員。 ◎行政助手居工具地位應非刑法之公務員。
功能	履行公權力事務（具決定權力非僅參與協助）。	◎提供專業意見供行政機關參酌，或參與實質案件審議。	輔助履行政府公共事務或其他社會服務。
介入法律關係	除法律直接規定外，機關以行政處分或行政契約方式，故為公法關係。	◎依法令長期聘用具實質審議為公法關係。	◎若有簽約應為私法上之承攬契約。
委託（任）程序	應將委託事項及法規依據公告，並刊登政府公報或新聞紙（行程法§16 II）。	由首長遴聘並經外聘委員（學者、專家）同意。	◎依契約訂定。
執行職務之獨立性	具有獨立性並直接作成決定，並非僅交換意見。	視其參與之類型，若為甄審及爭議裁決於執行職務具有完全之獨立性。	縱使行政助手所執行之行為涉及公權力，但其仍居於「工具」之地位，聽命行事、參與事務大都為技術性與勞務性。
執行名義	以受託私人或團體名義為之。	以機關之名義。	以機關之名義。
費用負擔	除另有約定外，由行政機關支付（行程法§16 III）。	原則上為無給職，但得依規定支給酬勞（車馬費）。	依私法契約約定或為義務無給性質。
責任	<ul style="list-style-type: none"> ◎受委託機關人員為公務員，刑法依公務為犯罪成立之罪可適用。 ◎國家賠償責任依該法第 4 條。 	◎行使公權力之外聘委員似可劃歸為刑法§10 I ①後段之公務員，但仍以法律明定為宜。	<ul style="list-style-type: none"> ◎本文認為其非刑法公務員故以公務員為犯罪主體之罪不成立。 ◎但其為國家賠償法之公務員。
案例	<ol style="list-style-type: none"> 1. 陸委會委託海基會辦理海峽兩岸事宜。 2. 國貿局委託金融機構、同業公會或法人辦理「貿易法」第 14 條之事宜。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 諮詢性質之外聘委員如賦稅改革委員會之專家學者。 2. 參與實施決定審議之訴願委員會委員，政府採購之評選委員，促進民間參與公共建設甄審委員會委員。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 拖吊業者在交通警察指揮下拖吊違規車輛。 2. 義交協助指揮交通消協助滅火行為。

製表／作者

第三項 外聘委員在刑法之地位

外聘委員其原來之身分爲「專家學者」並非傳統依法考銓任用之「公務人員」，但其參與者爲「公共事務」是否會因這層關係是否就會變成法制上「公務員」之概念？最典型且具爭議者爲渠等外聘委員是否爲刑法第 10 條第 2 項¹⁷⁰之公務員？要回答這個問題並非依法律字面文義可以解決，甚至我國新刑法施行前後諸多司法實務裁判在面對「被告」身分之認定時亦呈現紛亂之情狀¹⁷¹，此種現象乃肇因於法律各學門少有對話的空間令彼此互相了解¹⁷²，因爲刑法概念之公務員是否即爲行政法上之公務員？不無疑義，而造成認定上困難之原因多種，其中原因之一，即公務員多元定義造成身分認定之混淆，其次立法文義之解釋不確定性，將直接影響身分之認定，凡此均有必要進一步說明。

我國法制上對公務員（或公務人員）身分之定義有個別不同的立法定義，甚至概念上公務員¹⁷³、公務人員¹⁷⁴及公職人員¹⁷⁵都有不同的範圍，而適用該法的前提必須爲公務員（或公務人員）定義之範圍，但若立法定義太過廣泛，例如公務員爲「依法令從事公務之人員」，則造成解釋上之困難。舉例言之，專家學者之外聘委員擔任政府採購評選委員收受賄賂或圖利廠商，其前提須評價爲「刑法之公務員」，依新刑法第 10 條第 2 項 1 款或 2 款，在解釋上仍有諸多難以克服之處，諸如何謂「公共事務」？何謂「具有法定職務權限」？何謂「依

¹⁷⁰ 刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

¹⁷¹ 較具爭議的如替代役之身分（參台中高分院 97 年上訴字第 1174 號刑事判決）、國立大學講師（最高法院 97 年台上字 1304 號刑事判決）、政府採購專家學者外聘委員身分是否爲公務員（台南地方法院 96 年矚重訴字第 1 號刑事判決）。

¹⁷² 可喜的是，迄 2007 年 12 月才開始有類似的學術研討會及對話，參公法與刑事法學的對話系列(一)，其中相關之研討主題爲行政法和刑法在公務員責任體系之交錯（第二場）以及 BOT 個案的評選過程與刑事責任（第三場）相關文獻載於台灣本土法學 102 期、103 期，2008 年 1 月及 2008 年 2 月；此外輔仁大學與刑事法學會合辦之「刑法公務員概念的比較研究」學術研討會，也針對此一主題多所著墨，參 2010 年 4 月 10 日、4 月 24 日之學術研討會論文集。

¹⁷³ 我國法制上使用「公務員」名稱者，如憲法第 24 條、77 條，國家賠償法第 2 條第 1 項、刑法第 10 條第 2 項、貪污治罪條例第 2 條。

¹⁷⁴ 公務人員者如公務人員任用法施行細則第 2 條、公務人員退休法第 2 條、公務人員撫卹法第 2 條、公務人員保障法第 3 條...等。

¹⁷⁵ 公職人員如公職人員財產申報法第 2 條及公職人員利益衝突迴避法第 2 條。

法委託」？具有專門知識或技術之專家參與其專業上之評定，究係行使公權力或單純履行其專業義務？此等構成要件之解釋將直接影響身分之認定。

有鑑於此，以下將以「專家學者社會公正人士」參與公共事務在刑法上之地位，究竟可否被評價為刑法之公務員為論述重點，並逐一說明如次：

第一款 我國刑法修正前後公務員之概念

專家學者、社會公正人士參與公共事務涉及刑事案件，其身分究應如何認定？亦即外聘委員可否評價為刑法上之公務員？這不是一個容易回答的問題，首先須就刑法上公務員概念之演變予以理解：

第一目 修訂前公務員之概念過於廣泛

刑法公務員之概念，在學理上有身分公務員與職務公務員之分；前者係注重身分，亦即公務員須經國家依法考銓任用（含公務人員任用法及特別人事任用條例）取得一定身分始足當之；後者則強調其所執行之職務，只要依法令從事公務，不問其身分如何，均可以認定為公務員，我國刑法修正前第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者謂依法令從事公務之人員」，不問專任、兼任、有給、無給、委任或派用、臨時或常任，顯非考量其身分而係依職務作為認定之標準，故修正前公務員之概念應採「職務公務員」之概念¹⁷⁶。換言之，對公務員之定義採取從寬之認定，即學理上最廣義之公務員。

修正前刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂法令從事公務之人員」只要依「法律或命令（含授權命令與職權命令）」從事「公共事務」之人員均屬之¹⁷⁷，此係採職務公務員之概念，然此項定義衍生出實務諸多的問題。首先，公務員定義極為抽象模糊，在具體運用上亦常出現不合理之現象¹⁷⁸，引發對公

¹⁷⁶ 甘添貴，刑法新規定對公務員權益的影響，載於刑事法雜誌第 50 卷第 4 期，2006 年 8 月，頁 47。

¹⁷⁷ 最高法院 70 台上 1059 判例略謂：「刑法上之公務員，係指依據法令從事於公務之人員而言，被告既係屏東縣九如鄉公所依照台灣省公墓火葬場、殯儀館、納骨堂塔管理規則第 22 條之規定，僱用之公墓管理工，掌理勘測公墓使用面積，催收公墓使用費等事務，即屬依據法令，從事於公務之人員。」

¹⁷⁸ 舉例言之，政府股權佔有百分之五十以上之股份有限公司（如銀行）即屬公營事業，從事公司職務之人即為刑法上公務員，然何以未滿百分之五十則為非刑法上之公務員？令人難以理解，參司法院大法官解釋第 8 號及 73 號；並參刑法修正草案說明理由（94.2.2）。

務員定義立法不當之質疑。尤有甚者，我國司法實務於認定是否屬於刑法公務員時，大都未說明該人所從事之工作是否為公務？何種性質之公務？是否有法令之依據，該法令係公法或私法？除未說明理由外，就直接以該人之出身係由政府任命或派任為依據，顯見其並非以職務為認定標準反倒是以身分作為判斷之依據¹⁷⁹。

公務員與國家之關係從過去「特別權力關係」演變到「公法上職務關係」，故公務員肩負有執行其「公法上職務」（亦可簡稱公務）之義務。然而，公務之性質為何？公務員代表國家執行公務，從適用法規的角度觀之，有公權力行政與私經濟行政（諸如政府採購事項），於此產生疑義者公務員從事私經濟行政或單純之勞務行為是否從事公務¹⁸⁰？此不僅事涉公務員責任，亦會影響可能成立之罪責，蓋公務員在刑法所扮演之角色，有時為犯罪主體，有時為行為之客體。例如，刑法有以公務員為犯罪主體之規定者如第四章之瀆職罪（§120～§134）公務員登載不實罪（刑§213）...等，另外有以行為客體為規定者如刑法第 135 條之妨害公務罪，為避免因具有公務員身分，未區別其所從事之職務種類即課刑事責任，恐有不當擴大刑罰權之情形，亦有違刑法謙抑思想之基本法理，故何謂「公務」亦應予以檢討修正。

第二目 修正後解釋上之困難

由於刑法修正前公務員之定義過於廣泛，導致只要有公務員身分不論從事何種事務均成立，故公墓之管理工亦評價為「公務員」¹⁸¹，但相反地官派銀行董事長則非刑法之公務員¹⁸²，如此與人民之法感情似乎相違背。修正後（95 年 7 月 1 日）之刑法，依學界分類將之區分為身分公務員、授權公務員及委託公務員三類，並有個別條款前後段之適用，由於施行不久，下級審法院在身分之認定上仍沿舊習，採簡單說明之判斷模式，諸如：「國立成功大學土木學系講師係依據法令從事公務之人員¹⁸³」「.....殯儀館火葬場之技工，負責在火葬場從事

¹⁷⁹ 甘添貴，刑法新規定對公務員權益的影響，載於刑事法雜誌第 50 卷第 4 期，2006 年 8 月，頁 47。

¹⁸⁰ 舉例言之，行政機關所僱用之保全或清潔公司，其所擔任的職務並非公務，而係單純勞務之履行，並未負有特別服從義務應非刑法上之公務員。

¹⁸¹ 最高法院 70 台上 1059 判例。

¹⁸² 司法院解釋第 8 號、73 號。

¹⁸³ 最高法院 97 台上字 1304 號刑事判決。

排爐、撿骨（前場）操作焚化爐（後場）等火葬作業，為公務員¹⁸⁴」均遭最高法院撤銷原判決，最高法院在撤銷判決中指摘下級法院未能詳述判斷依如何之法令？以及解釋何謂法定職務權限？直接認定屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段（身分公務員）或後段（授權公務員）及第 10 條第 2 項 2 款（委託公務員）¹⁸⁵之公務員尙嫌速斷。

由於我國刑法總則第 10 條第 2 項對公務員設有定義性之規定，不論學說或實務遇有判斷公務員相關之要件，一律先就總則規定尋求解釋，但是公務員所涉及之問題除了刑罰的處罰目的之外，還與行政法與公務員法制有一定的連結思考，晚近已有學者思考此種解釋方法是否妥適，或者應在個別的犯罪條文中特別規定¹⁸⁶，已經有愈來愈多的文獻觸及此問題¹⁸⁷。

因此在判斷專家學者參與公共事務所衍生出來的身分有幾個順序上的思考：專家學者參與公共事務在刑法公務員身分之判斷究竟應採「刑法總則」的認定方式，或者是放棄總則抽象定義的判斷，而改採個別犯罪類型的保護出發，個別解釋刑法分則各該法條公務員之概念，此涉及立法論與解釋論之交錯，本文擬先從比較法之角度觀察德國、日本以及聯合國公約中有關公務員之概念，將於第六章第三節再回頭觀察專家學者參與公共事務，其究竟應採「總則定義認定」方式或「個別解釋刑法分則構成要件」抑或還有其他方法論上之參考。

第二款 公務員概念之比較法觀點：德國、日本與聯合國公約

從上述分析研究可知，外聘委員是否為刑法修正後之公務員在解釋論上可能須進一步觀察，為使本問題得有宏觀之思維，一併比較德國與日本及聯合國

¹⁸⁴ 最高法院 96 台上字 7436 號刑事判決。

¹⁸⁵ 刑法第 10 條第 2 項第 2 款規定：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

¹⁸⁶ 黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分－評最高法院 97 年度台上字 4813 號判決，載於月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 9 月，頁 289～290。

¹⁸⁷ 相關文獻請參閱，甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照出版社，2005 年 9 月，頁 136 以下；吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論叢刊第 11 期，2006 年 3 月，頁 107 以下、278；林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探－以德國法制為「借鏡」，台灣本土法學雜誌，第 103 期，2008 年 2 月，頁 179、182。

公約對公務員（或公職人員）之概念如次：

第一目 德國刑法公務員概念

德國刑法在總則第 11 條第 1 項第 2 款中對公務員（Amtsträger）有定義，其內容如次¹⁸⁸：

公務員係指依德國法之下列人員：

- (一)為公務人員（行政官員）（Beamter）或法官。
- (二)具有其他公法職務關係者。
- (三)其他被聘用於機關或其他機構或者受其委託，履行公共行政任務者，而其履行任務所選用的組織型態，在所不問。

依學者見解，與本文主題有關者為「具有其他公法職務關係者」與「被聘用或受機關委託履行公共行政任務者」，前者像一些榮譽公職之擔任者，例如選舉委員會之主席與委員；後者如被賦予公共行政任務之市立交通事業監督委員會之委員¹⁸⁹。

此外，同法第 11 條第 1 項第 4 款之「特別受僱從事於公共勤務之人」係指非公務員（即非德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款）而屬於下列情形之人員：

- (一)服務於履行公共行政任務之機關或其他機構，或者為此等機關或機構而活動，並且對其職責之認真執行依法正式受僱用者。
- (二)服務於為機關或其他機構履行公共行政任務之聯合團體或者其他結合組織，事業經營單位或為此等團體組織而活動，並且對其職責之認真執行依法正式僱用者。

關於本款特別受僱從事於公共勤務之人如依法委託之鑑定人、依法設立之諮詢委員會之委員¹⁹⁰。

對於德國刑法公務員之概念範圍甚廣，在德國若僅係協助機關或受其委託

¹⁸⁸ 以下參考吳耀宗，評析刑法新修正公務員概念，載於警大法學論叢第 11 期，2006 年 3 月，頁 193；更深入的分析請參柯耀程，德國刑法公務員概念之發展與檢討—以公務員職務犯罪為詮釋核心，載於法務部與輔仁大學合辦之「刑法公務員概念比較研究」學術研討會論文集 II，2010 年 4 月 24 日，頁 29 以下。

¹⁸⁹ 吳耀宗，同前註，頁 199；203。

¹⁹⁰ 吳耀宗，前揭文（註 188），頁 207。

事務，只作為決策準備而非實際作成決策，並非真正從事公共任務，如果私人（專家學者）參與決策或處分作成有重要影響力，亦因決策者之盲目信從或專業不足，仍不足以使其成為公務員資格¹⁹¹。當然這樣的見解勢必會遭遇挑戰，因為專家或學者雖然沒有法律上但卻有事實上之決策權。這也是在解釋論上如何克服的盲點。晚近更有學者指出，德國刑法公務員概念雖然廣泛，但解讀公務員的基準主要係從具體的職務行為作標準，並提出二個嚴謹的判斷標準，即必須具有國家權力實現的任務以及委託或授權之事項，必須攸關公共行政的事項，且具有公法上之任務關係¹⁹²。

第二目 日本刑法公務員之概念

一、日本刑法第 7 條第 1 項之規定

日本原（舊）刑法第 7 條第 1 項關於公務員之規定：「本法所稱公務員者謂官吏、公吏，依法令從事公務之議員、委員及其他職員」實際上「官吏與公吏」之名稱已廢棄不用，僅後段「依法令從事公務之議員、委員及其他職員」尚具有意義，而日本改正刑法草案第 11 條規定：「本法所稱公務員，謂國家或地方公共團體組織內有一定職務權限者，及其他依法令從事於國家或地方公共團體事務者。」目前，日本學說及實務，大都以改正刑法草案第 11 條所規定之定義，作為解釋公務員概念之藍本¹⁹³。

而日本改正刑法第 11 條之規定與我國修正後之刑法第 10 條第 2 項第 1 款頗為類似即：「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。」相較於日本改正刑法草案第 11 條之規定我國刑法第 10 條第 2 項多了第 2 款之規定：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

現行日本刑法第 7 條 1 項規定：「本法所謂公務員係指國家或地方公共團體

¹⁹¹ 林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探－以德國法為借鏡，台灣本土法學第 103 期，2008 年 2 月，頁 196～198。

¹⁹² 柯耀程，德國刑法公務員概念之發展與檢討－以公務員職務犯罪為詮釋核心，載於法務部與輔仁大學合辦之「刑法公務員概念比較研究」學術研討會論文集 II，2010 年 4 月 24 日，頁 46。

¹⁹³ 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，載於月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 229 以下。

的職員以及其他依照法令從事公務的議員委員和其他職員」但這只是例示而已，其實質是「依照法令從事公務的議員、委員及其他職員」，依此日本公務員之概念含以下幾種¹⁹⁴：

(一)議員：

所謂議員係指國家及公共團體議會之構成人員。

(二)委員：

所謂委員係指由國家及公共團體任命、囑託等委任一定事務的非專職性工作人員，如各種審議會委員、家事審判法之調解委員。

(三)職員：

所謂職員是指在國家或公共團體機關從事業務處理的一般人員，包括意思決定機關及輔助人員，但不包括僅從事肉體性及輔助性、機械性之勞務人員¹⁹⁵。

二、審議會委員是否為日本刑法之公務員

日本國家行政組織中有許多審議會，而其成員大都有專門知識技能者，參與相關審議工作身分為何？依學者見解，此等「學識、經驗」者，係專業知識領域之翹楚，進入公共領域，其身分在刑法上亦為公務員，依日本刑法第7條第1項之規定，「本法所謂公務員係指國家或地方公共團體的職員及其他依法令從事公務的議員、委員和其他職員」，其中所謂「委員」係指依照法令被任命、選舉、委託從事一定職務之兼職人員，如各種審議會的委員。依日本刑法教科書所舉之例，如省府廳基於法令設置之各種審議會之委員，各種國家試驗的委員—司法試驗考查委員、調解委員、鑑定委員、民生委員、人權擁護委員、農業委員¹⁹⁶、教育委員、勞動委員¹⁹⁷等，但是與此相對的公平交易（公正引取）委員、證券交易委員、國家公安委員則為通常之公務員¹⁹⁸。

¹⁹⁴ 曾根威彥，刑法各論第3版，弘文堂，2005年，頁296；山口厚，刑法各論，有斐閣，2005年，頁534～536；前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，五南，2000年5月初版1刷，頁432～433；鄭善印，前揭文（註192），頁230～231。

¹⁹⁵ 林幹人，刑法各論第2版，東京大學出版會，2007年，頁429。

¹⁹⁶ 板倉宏，刑法各論，勁草書房，2004年，頁292。

¹⁹⁷ 大谷實，刑法講義各論，成文堂，2007年，頁343；山中敬一，刑法各論，成文堂，2004年，頁711。

¹⁹⁸ 西田典之，刑法各論，弘文堂，2007年，頁388。

第三目 聯合國公約

我國雖非聯合國之會員國，但對於國際公約之內容非不可作為本問題參考之文獻，根據聯合國反貪污公約（United Nations Convention against Corruption）其締約國目的在防止對於社會穩定與安全所造成危害之貪污行為，同時關注破壞民主體制和價值觀和法治的衝擊，特別針對公務員的貪腐行為予以關注，尤其明定公職人員之定義，茲就相關規定說明如次¹⁹⁹：

- 一、無論是經任命還是經選舉而在締約國中擔任立法、行政、行政管理或者司法職務的任何人員，無論長期或者臨時，計酬或者不計酬，也無論該人的資歷如何。
- 二、依照締約國本國法律的定義和在該締約國相關法律領域中的適用情況，履行公共職能，包括為公共機構或者公營企業履行公共職能或者提供公共服務的任何其他人員。
- 三、締約國本國法律中界定為“公職人員”的任何其他人員。但就本公約第二章所載某些具體措施而言，“公職人員”可以指依照締約國本國法律的定義和在該締約國相關法律領域中的適用情況，履行公共職能或者提供公共服務的任何人員。

第四目 小結

從上述比較法之觀點，德國關於委員會之委員從該國刑法解釋為公務員（有反對見解），至於日本則將委員明定於該國刑法第 7 條之中，並且從該國刑法教科書（各論）之論述中並未有學者提出質疑；聯合國反貪腐公約則採取廣義之定義，無論任命還是選舉、長期或臨時、計酬或不計酬一律在公職人員的概念之下。

¹⁹⁹ United Nation Convention against Corruption Preamble Article 2(a).

第三款 專家學者參與公共事務是否為我國刑法上之公務員

法律解釋之方法有多途²⁰⁰，比較法的觀察固可作為參考，但在罪刑法定主義之下，專家學者外聘委員可否評價成我國刑法「公務員」之概念仍須進一步觀察，我國並未如日本刑法將委員明文納入刑法總則公務員之法律定義中，故應如何判斷方能符合方法論上之思考，首先宜檢視「專家學者參與公共事務」是否屬於我國刑法總則定義下的「公務員」。

第一目 外聘委員是否為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段所稱之「公務員」

外聘委員是否為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段所稱之「公務員」其核心在於如何解釋「法令」、「公共事務」及「法定職務權限」而這也是學界與實務²⁰¹爭執之所在，茲整合行政法與刑法之觀點加以說明如次：

一、依法令

所謂「法令」，係指依法律及法規命令，從比較法的觀點，日本判例對於法令之種類，並無特別限制，除法律、命令外，具有抽象性通則之規定，如僅規定行政內部組織作用之訓令、內規類之法令，亦包含在內。惟學界通說則認為，所謂法令，應指法律、條例及具有法規性質之命令而言。如僅於行政內部生效之訓令、內規之類，不應包含在內²⁰²。

從我國法觀之，法令係指法律及法規命令（即授權命令）至於職權命令及行政規則是否包括在內，行政法學界意見尚未見統一，然以參與公共建設甄審委員會之外聘委員而言，其法源依據係促進民間參與公共建設法授權訂頒之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評選辦法」其位階係屬於法律授權訂定之「法

²⁰⁰ 楊仁壽，法學方法論，作者自版，2005 年 4 月，頁 123 以下；黃建輝，法律闡釋論，台北，新學林，2005 年 1 月，頁 27 以下；李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009 年 10 月，頁 232 以下。

²⁰¹ 刑法第 10 條第 2 項修正後實務上出現諸多判決參最高法院 96 台上 7436 號刑事判決；最高法院 97 年度台上 1304 號刑事判決。

²⁰² 甘添貴，前揭文（註 176），頁 28～29。

規命令」，大多數外聘委員係指之依法令並無疑²⁰³。

二、從事公共事務

公共事務即修正前之「公務」，至於何謂公共事務？一般說來，公共事務係有別於私人之活動。國家從適用法規之角度言，有公權力行政及私經濟行政之分；公權力行政又稱高權行政指國家居於統治權主體適用公法規定所為之各種行政行為，其範圍甚廣；至於私經濟行政係指立於私人地位在私法支配下之行為，如政府採購行為²⁰⁴。其實，不管從事公權力行為或私經濟行為均屬於此之公共事務。於此尚值得討論者係「若單純受僱從事機械或肉體性勞務工作者」是否屬於公務？本文持否定見解，諸如行政機關僱用清潔公司、保全人員所從事之工作尚不得稱為公務。

至於以專家、學者身分參與國家公共事務之運作之外聘委員，晚近因為國家事務諸多採委外政策，必須有甄審委員會之設置，而其任務在針對公共建設之委外案件甄審及評選²⁰⁵，自應屬於公共事務。

三、具有法定職務權限

修正後之公務員定義與修正前最大之不同點在於「具有法定職務權限者」，至於如何解釋則是一大難題，實務之爭議亦大都集中於此，最高法院認為²⁰⁶：「刑法第 10 條第 2 項第 1 款所定之公務員，其後段所稱「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之人員，以具有「法定職務權限」為要件，亦即其所從事之事務，須有法令規定之權限為準據（如公務人員任用法第 6 條之職務列等表）；所稱「法定職務權限」，除依法律（如組織條例、組織通則）外，以命令（如組織規程、處務規程、業務管理規則，以及機關其他之內部行政規章等）明文規定者亦屬之。倘無「法定職務權限」者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，仍不屬於刑法上之公務員。」在另一判決中機關所聘之臨時僱工是否為公務員則謂²⁰⁷：「至於其是否具有「法定職務權限」自應就其工作內容

²⁰³ 然而我國有些外聘委員係以要點設置，如法務部訂頒之行政程序法與行政罰法諮詢小組設置要點，此即屬於行政規則之性質。

²⁰⁴ 最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議(二)。

²⁰⁵ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 3 條。

²⁰⁶ 最高法院 97 年台上字第 706 號刑事判決。

²⁰⁷ 最高法院 97 年台上字 6616 號刑事判決。

是否屬於該地政事務所職權範圍內所應為或得為之事務，亦或純屬機械性、內體性之勞務而定。……被告既經指派擔任收取該項規費，能否謂其無法定職務權限而非屬刑法上之公務員？饒有研求之餘地。」對於修正後之刑法第 10 條第 2 項 1 款後段之「法定職權」應如何解釋，刑法學者早有擔心²⁰⁸，由於如何解釋將影響公務員身分之成立，這也造成高等法院或最高法院間案件集中於此之爭點。

外聘委員是否具有法定職務權限將影響其身分之認定從上述觀之，應求之於組織法或作用法規範。而以外聘委員介入民間參與公共建設甄審評選案件為例，其權限來自於促進民間參與公共建設法第 44 條授權所訂頒之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」於該辦法第 2 條設有甄審委員會，並於第 3 條規定其任務。但是，從另一個角度言，法定職務權限若將之區別為「職位」與「任務」雖然該辦法定有外聘委員之任務，但對於職位並未有如一般行政機關組織法之規定，僅係以其專業受聘服務國家，故外聘委員是否屬於具有法定職務權限者，則有待進一步之論證。

本文認為，罪刑法定主義下之刑法解釋應力求明確性，雖然我國實務針對政府採購外聘委員²⁰⁹、公共工程甄審委員²¹⁰，透過法律解釋將之認定為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，但由於上開「具備法定職務權限」概念之解釋，將造成個案上之差異²¹¹，專家學者等外聘委員固係依法令從事公共事務，但僅於任務並未有「職位」，換言之，此等專家學者雖實務參與但形式上不具法律上之決策與執行權，毋寧說應回歸到其專業之身分，而重新架構其法律地位，亦即在公務員與一般人民之外，另設專家參與公共事務之法律地位，跳開法解釋學上的糾葛，轉向立法論尋求解套。

²⁰⁸ 林東茂，刑法綜覽，修訂 4 版，台北，一品，2007 年，附錄一，刑法修正重點評解，2005 年，頁 3~7；許玉秀，司法週刊（1249 期/2.3 版）；陳子平，刑法總論（上），台北，元照，2006 年，頁 73。

²⁰⁹ 台北地方法院 97 年矚重訴字第 4 號刑事判決。

²¹⁰ 高雄地方法院 94 年矚重訴字第 5 號刑事判決。

²¹¹ 台南地方法院 96 年矚重訴字第 1 號刑事判決。

第二目 外聘委員是否屬於刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員

第 10 條第 2 項第 2 款之「受國家地方自治團體所屬機關依法委託、從事與委託權限有關之公務事務者」亦即學理解釋的「委託公務員」，此款之立法係依行政程序法第 16 條「行政委託」之概念而來²¹²，依前述本文見解「專家參與」與「行政委託」概念尚屬有間，以專家學者身分參與國家公共事務與行政法學理之「行政委託」概念並不相同。

第三目 小結

從上述分析可知，專家學者參與公共事務在刑法「公務員」身分之認定上是否歸類於刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員尚有疑義，但該等人員亦非刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員，但如此解釋是否有悖於國民法律感性之認知，不無疑問，故本文認為應跳脫法律解釋之糾葛，轉而尋求立法論上之解決，相關論述將於第六章第五節刑事責任時加以探討。

第四項 外聘委員與專家參審

第一款 概說

外聘委員之背景如前節所述，不外來自於專家、學者、公正人士、利益團體代表及政黨推薦之代表。這些人本於其專門職業知識與技能加入國家行政權之運作，參與之事務則包括諮詢、監督協調、爭議裁決等事項。但國家權力除了行政權外，尚包括國會主導的立法權與以法官為主軸的司法權。司法權是否亦有專家之參與？晚近，司法院鑑於社會生活日漸複雜，價值觀亦漸多元，法律以外的專業領域擴充迅速，對於通常僅具法律專業的法官而言，在審理醫療、商標專利、證券金融、電腦犯罪、營業秘密、營建、污染勞工安全等案件時，具有相當大的挑戰。法官固然可以運用鑑定或借重諮詢，然要將何種事項委託鑑定，以及鑑定報告如何正確解讀，對法官來說，仍然是一大考驗，而司法院訂定發布的專家諮詢要點，僅屬行政規則，不具法的效力；諮詢專家所提供之

²¹² 刑法第 10 條第 2 項修正理由第 5 點，2005 年 2 月 2 日。

專業意見，僅供法官參考，無法逕採為訴訟資料，故諮詢制度雖對裁判有所助益，但礙於欠缺法的效力，所以有其極限。因此，另一個思考模式是讓具有法律以外專業知識的專家，就屬於其專業領域的案件，與具有法律專業知識的法官共同審判²¹³，如此，事實容易釐清，法律適用相對允當，訴訟程序進行較為流暢，當事人之利益受到保護，裁判之公正性及法院之信賴度因而得以提升²¹⁴。

於 2006 年 7 月 25 日司法院院會通過「專家參審試行條例」，對於此項司法上的創舉，引進專家參與審判，此與傳統行之已久的專家學者介入行政權之運作其本質上有何不同，實有必要進一步就該草案內容特色細究之，並尋繹其與行政專家參與行政委員會有何差異。

第二款 司法院「專家參審試行條例草案」之概述

第一目 立法目的

與行政專家參與相同，司法專家參審之背景都在於社會生活日漸複雜化與多元化，傳統的專業已不足以應付這遽大的改變，是故引進法律以外具有專業知識的專家，就其專業領域與法官共同審理，其目的在於提昇審判的公正與迅速與正確²¹⁵。

第二目 專家參審案件之種類

國家事務龐雜，就行政權之範圍而言，可能包括公權力行政與私經濟行政、干涉行政與給付行政、計畫行政等，如果說國家對其人民應該要負起照顧的責任，「從搖籃到墳墓」那麼，在生命的每一個階段幾乎都脫離不了行政，舉例來說，政府對我們的幼兒福利政策，實施國民教育，並提供了國民住宅，全民健保的醫療服務，開辦失業津貼及勞工職業訓練，以及退休金及敬老福利津貼的發放等，均屬於行政的一環。此外，政府為實施福利國家政策，可能必須有稅

²¹³ 於此須區辨的是，專家參與與國民參審係不同之概念，後者是不具專業知識的國民所組成，在司法制度史上英國的陪審制度是國民參審之代表，亦為英美法系之特色。但是亞洲國家亦有國民參與刑事審判，相關制度參陳運財，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，載於月旦法學雜誌，第 180 期，2010 年 5 月，頁 131 以下。

²¹⁴ 楊隆順，專家參審試行條例草案初探，載於司法周刊 1275 期，(司法文選別冊)，民國 95 年 2 月 23 日，頁 1。

²¹⁵ 專家參與試行條例草案第 1 條。

捐的徵收，為達國家防衛的目的有兵役之召集，為維持社會治安有警察勤務的執行……等亦為行政之範疇。

司法之任務職司紛爭之裁決，法官本於公正中立之立場就當事人之爭執予以判斷，司法專家參審並非針對所有的事件，而係以其爭點之審理涉及法律以外相關專業知識或技能者為限，草案針對民事²¹⁶、刑事²¹⁷及行政事件²¹⁸分別作出列舉性之規定。

從草案專家參與之案件範圍觀之，其含蓋層面相當廣泛，以同樣有專家參審制度之德國與丹麥，只有廣義商事事件，包括海事、商標、專利等事件採專家參審，彼邦之所以採此制度其目的乃在彰顯國民參與審判而非借重參審官所具備法律之外之專業知識，德國經驗實踐的結果²¹⁹，真正進行專家參審之案件並不多，其原因在於德國之參審程序須由當事人聲請始得進行；同時依德國民事訴訟法第 349 條第 3 項規定，當事人得以合意由法官獨任審理，此亦為造成進行案件不多之原因²²⁰。

²¹⁶ 專家參與試行條例草案第 5 條第 1 項：「下列之民事事件，當事人得向第一審法院聲請由參審法庭審判之：一、因醫療行為涉訟者。二、因營建工程涉訟者。三、因著作權、商標權、專利權、電路布局權、營業秘密涉訟者。四、因海洋污染、土壤及地下水污染、水污染、輻射污染、空氣污染、噪音管制、廢棄物清理、毒性化學物質管理、飲用水管理、環境用藥管理涉訟者。五、因證券交易法、期貨交易法、證券投資信託及顧問法、銀行法之法律關係所生之爭執涉訟者。六、因海商法之法律關係所生之爭執涉訟者。七、因勞動契約、勞工安全涉訟者。」

²¹⁷ 專家參與試行條例草案第 6 條第 1 項：「下列之刑事案件經檢察官提起公訴者，被告得向第一審法院聲請由參審法庭審判之：一、刑法第 173 條第 1 項至第 3 項、第 174 條、第 177 條、第 187 條之 2、第 187 條之 3、第 190 條、第 190 條之 1、第 193 條及第 358 條至第 362 條案件。二、因醫療行為致死或重傷案件。三、因交通肇事致死或重傷案件。四、勞工安全衛生法第 31 條案件。五、性侵害犯罪案件。六、違反著作權法、商標法案件。七、違反證券交易法、期貨交易法及證券投資信託及顧問法案件。八、少年刑事案件。」

²¹⁸ 專家參與試行條例草案第 7 條第 1 項：「下列之行政訴訟事件，當事人得向高等行政法院聲請由參審法庭審判之：一、因商標權、專利權、電路布局權涉訟者。二、因海洋污染、土壤及地下水污染、水污染、空氣污染、噪音管制、廢棄物清理、毒性化學物質管理、飲用水管理、環境用藥管理涉訟者。三、其他涉及專門知識或特殊經驗法則，且有維護重大公益之必要者。」

²¹⁹ 邱琦，德國參審制度簡介—以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法周刊第 1275 期，2006 年 2 月 23 日。

²²⁰ 司法院丹麥、德國專家參審制度考察報告，司法院專家參審試行條例研究資料彙編(一)，頁 68；楊隆順，前揭文（註 214），頁 3。

第三目 參審官之資格

我國專家學者公正人士參與的行政委員會，以具有專門知識與技能為主，外聘委員聘用資格並無嚴格限制，除了法律規定外，僅授權組織規程訂定，僅以「專家」「學者」「公正人士」作為其遴聘資格。相較於此，參審官之資格則有積極限制與消極限制。

在積極資格方面，參審官須中華民國國民年滿三十歲，現在臺灣地區繼續居住六個月以上，具有相關領域之專門知識或技能，並於該特殊領域服務三年以上者，得為參審官²²¹；在消極資格方面，該草案第 11 條規定，有下列情形之一者，不得為參審官²²²：

- 一 褫奪公權尚未復權。
- 二 曾任公務員，依公務員懲戒法受撤職處分確定。
- 三 曾任公務員，依公務員考績法或相關法規之規定，受免職處分確定。
- 四 受破產宣告尚未復權。
- 五 曾因故意犯罪，受有期徒刑以上刑之裁判確定。
- 六 有犯罪嫌疑，經檢察官提起公訴，訴訟程序尚未終結。
- 七 曾因犯毒品危害防制條例第 10 條之罪，經觀察勒戒。
- 八 曾受保安處分或感訓處分之裁判確定。
- 九 因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，或致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低。
- 十 有具體事實足認其有影響國民對法院公正審理信心之情形。

²²¹ 專家參審試行條例草案第 10 條。

²²² 對於參審官之消極資格尚有幾點值得探究，包括：(1)未設最高年齡之限制；(2)具雙重國籍之國民可否擔任；(3)民意代表應否禁止擔任。

第四目 參審官之責任

責任通常係來自於義務之違反，並依其違反社會規範之強度而有民事、刑事與行政上之責任，參審試行條例草案僅規定刑事與行政責任，另有免職之規定，在刑事責任方面，參審官明知有第 23 條應自行迴避之原因，不自行迴避，而為不實之立誓者，處六月以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。參審官參與審判後，明知有第 11 條之情形發生，不據實告知審判長，而參與審判者，適用前項之規定²²³；另外，在行政責任方面，參審官無正當理由而未出庭執行職務、拒絕評議或逃避其他義務情節重大者，得以裁定處新臺幣三萬元以下罰鍰。參審官居住處所遷移，無故不申報，致通知不能為送達者，亦同²²⁴。此外，參審官有下列情形之一者，應予免職²²⁵：

- 一 喪失第 10 條之資格。
- 二 有第 11 條之事由。
- 三 有第 42 條規定得處以罰鍰之事由。
- 四 有具體事實足認其有影響國民對法院公正審理信心之情形。

前項情形，由參審官遴選委員會決議後，報由司法院院長予以免職。參審官於免職前所為之訴訟行為，仍有效力。

第三款 外聘委員與專家參審之異同

從上分析司法院專家參審試行條例草案可知，專家參審審判新制之重點在於訴訟事實審理中，由具有專門知識與技能之人與法官共同就權利義務之爭執進行裁判以發揮解決紛爭之功能，側重司法審判上適時、公正之目標。而行政專家參與之類型繁雜包括諮詢、爭議裁決、監督等事項，以下兩者之異同處做一分析比較：

一、相同處

外聘委員與專家參審之所以以介入國家事務運作，均以其專門知識與技

²²³ 專家參審試行條例草案第 41 條。

²²⁴ 專家參審試行條例草案第 42 條。

²²⁵ 專家參審試行條例草案第 22 條。

能，亦即該等人員本非傳統國家依法考試及銓敘之公務員或法官，係純粹以「國民」或「私人」身分而參與；同時其產生背景係呼應「民主化」之要求，不管是「行政民主化」或「司法民主化」某種程度讓人民參與可以消弭民眾對行政或司法公信力之質疑，提昇人民對行政或司法之信賴。

二、相異處

外聘委員與司法專家參審有以下幾點不同；首先就參與之性質言，外聘委員之參與本文界定在行政事務而依其功能不同，有諮詢、建議、爭議裁決、監督等其範圍含蓋於整個行政領域；司法專家參與強調法律外之專業知識與技能，如醫療、商標專利、營建、污染等協助法官釐清事實，以解決紛爭。其次，就法制規範基礎言，外聘委員之產生方式是否應受嚴格法律保留原則之拘束？我國現行實務運作似採否，是故外聘委員產生大部分來自於法規命令或職權命令，此或許是行政事務繁雜，只能由機關依實際所需權宜辦理；但司法參審因係爭議之事實釐清，不得以命令必須俟專家參審試行條例草案完成立法後，才能實施，對於行政與司法之專家參與法制規範不同。本文認為，對於行政機關之外聘委員宜建立一個總則性之綱領計劃，以作為散見於各行政法規之總則性指導原則。

此外，從法律效力之角度，參審官具備法律外之專業知識及技能與法官共同組成參審法庭共同行使審判權，均應依法律獨立審判不受任何干涉，除該條例另有規定外，與法官有相同權責²²⁶，其所做之決定具有法律效力；然外聘委員參與之類型不同，但結論大多以行政首長之名義為之，雖然首長大都會尊重，但形式上並無法律效力。

再者，權利方面，參審官於參審期日應酌給日費及旅費，並得視審與案件之繁簡，於訴訟終結時酌給報酬；外聘委員依實務之運作係領有出席費（或車馬費）；至於義務，參審官於草案中規定有迴避及立誓之義務；外聘委員義務之規定散見於各法規，晚近有以「法規命令」之方式規範其義務，包括迴避義務、守密義務等。最後，就責任歸屬言，參審官之責任在參審試行條例草案中，有刑事責任及行政責任；但外聘委員之責任、現行法制休之闕如，只能以法解釋

²²⁶ 專家參審試行條例第 2 條及第 3 條。

之角度，目前困難之處乃在於如何定位外聘委員之「身分」²²⁷。

第四款 小結

在多元專業化之社會中，依賴一己之力完成公共事務勢不可能，如何在制度之設計上援引專家學者加入，並賦予法律效力為未來發展之模式，國家權力之運作本來即為其構成員權利而存在，是故傳統以「統治權」為中心的國家運作模式，亦即政府以公權力管理公共事務並承擔決策成敗，晚近逐漸傾向「治理」之概念，即「國家」並非唯一權力核心，包括非政府組成社區、私人也被賦予權力，如何將此種轉變予以法制化是當務之急，司法院引進專家參與審判、適度減輕法官辦案之延宕與壓力，值得肯定。同時因行政事務的複雜與多元化，傳統官僚組織在專業與效率之考量上亦有引進專家學者參與，而且歷史悠久，然可惜的是僅散見於各行政法規，對於外聘委員之定位、類型、產生任命、權利義務及責任並未有統一之規範，在司法院「專家參審試行條例草案」之後，存在於行政領域之專家學者之參與，如何予以類型化並探討其權利、義務、責任與國家如何對之監督，為本論文的核心價值。

第五項 外聘委員與行政委員會之委員

第一款 行政委員會之形成背景

一個國家行政組織型態的採用，原係因應該國家行政任務的擴大與變遷，本來即無法一層不變，故組織的變革常有其形成背景。二十世紀後，社會型態丕變從過去工農社會演變為工商資訊社會。國家職能一日千里，傳統官僚組織無法負荷這巨大的改變，尤其多元化與專業化的結果，行政組織更須有因應的調整，行政委員會的型態遂於焉產生，行政委員會之概念在大陸法系與英美法系有不同之理解²²⁸，早期行政法教科書以闡釋美國獨立管制委員會為主軸，而謂行政委員會乃在行政首長以下，以合議（或混合）組織體所設置，掌理委任

²²⁷ 專家參審試行條例第 2 條及第 4 條。

²²⁸ 伊藤正次，日本型行政委員會制度之形成－組織と制度の行政史，東京大學出版會，2003 年 7 月 18 日，頁 4～11。

立法、行政司法或其他專門技術、業務的機構²²⁹，其可能含蓋兩個意義，其一為行政機關以外的獨立機關；其二為行政機關內部所設立的專門性與技術性的「內部單位」²³⁰，晚近教科書則少有「行政委員會」的介紹²³¹。從早期文獻研究發現，行政委員會形成的背景有以下數端：²³²

一、對「權力分立理論」僵化之突破

依權力分立理論，行政、立法、司法各司其職並本於監督與制衡（checks and balances）之法理運作；行政機關不得兼掌立法與司法機關之職務，然因行政機關大量事務迄待處理，若僅以傳統官僚體系內之行政人員恐不足以應付且行政層層節制在效率上亦有所延宕，故「行政委員會」的產生可以適度化解此缺點。

二、引進民間參與機制，強化民主決策

行政委員會，不論是行政機關或內部單位型態的委員會，其成員包括各領域具有學識與經驗之專家。以獨立管制的行政委員會為例，金融監督管理委員會之委員，應遴選具有法律、經濟、金融、財稅、會計或管理等相關學識及經者擔任²³³；國家通訊傳播委員會之成員則須具有電信、資訊傳播、法律或財經等專業學識或實務經驗等領域²³⁴。內部單位之委員會例如各機關之訴願委員會²³⁵、民間參與公共建設甄審委員會²³⁶，則通常以專家、學者、社會公正人士作為遴選的標準，凡此均藉由民間專業人士的介入，在一定範圍內獨立行使職權，不受主管長官之指揮監督，因官民之合作適度促進行政民主化。

三、國家職能之變化

隨著行政任務的增加，國家職能從過去干預管制之角色轉變成服務合作的提供者，組織的設置在於確保行政任務之順利執行。故從功能而言，行政委員

²²⁹ 張家洋，行政法，台北，三民，2002年2月（增訂3版1刷），頁274。

²³⁰ 涂懷瑩，行政法原理，作者自版，1990年4月增訂，頁214~215。

²³¹ 晚近教科書有行政委員會的介紹，李建良、林三欽、陳愛娥、林合民、黃啓禎等合著「行政法入門」；2004年，元照，頁220以下，其內容與許慶復主持研究《行政委員會組織與功能之研究》所採大致相同；參行政院研考會委託（1994年），頁54以下。

²³² 涂懷瑩，前揭書，頁214~215；張家洋，前揭書，頁274以下；林紀東，行政法，台北，三民，1994年11月，頁149。

²³³ 金融監督管理委員會組織條例第8條第2項。

²³⁴ 國家通訊傳播委員會組織條例第4條第2項。

²³⁵ 訴願法第52條。

²³⁶ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第4條。

會的出現係從因應國家職能的變化而來，尤其二十世紀給付國家興起，社會的多元化與專業化，諸如環保、醫學、科技專利、核能等新興事務，均含有專門性與技術性，傳統官僚組織難以應付，自有必要發展出因應的行政組織，而行政委員會的出現正符合此潮流。

第二款 行政委員會之定義

在日本，依國家行政組織法第 3 條第 2 項規定，國家行政機關之組織分為府、省、委員會及廳，其設置及廢止分別以法律另定之。因此「委員會」與省及廳都被稱為「國家行政機關組織法的三條機關，有關委員會除了明確它為「合議制機關外」並未有其他明確之規定²³⁷。

日本，塩野宏教授指出，在明治憲法下，也存在有合議的行政機關，它的權限與法院相似，特別重視公平和獨立的機關採用了合議制，二次世界大戰結束後，由於美國的占領政策，依據特別的法律設立了不少作為承擔國家意思決定職務的行政機關出現。例如 1946 年的勞動委員會、1948 年的公安委員會、證券交易委員會²³⁸。

作為國家行政組織法上之委員會須包括二個要素，其一，委員會本身是決定國家意思並可對外表示意思之機關；其二，委員的任免方法、任期、資格要件和一般的公務員不同，其係依據該委員會設置法而規定²³⁹。

在我國法制上，2004 年制定之中央行政機關組織基準法有關委員會之規定於該法第 6 條第 3 款規定，行政機關之名稱「委員會、二級或獨立機關用之」；同法第 3 條第 2 款獨立機關係指依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關；另同法第 31 條規定：「行政院基於政策統合需要得設附屬機關委員會。各委員會組織規模建制標準如下：一、業務單位以四處至六處為原則。二、各處以三科至六科為原則。第一項委員會之總數以四個為限。」

²³⁷ 與此相對日本的「審議會」係依據國家行政組織法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關在法律規定其職掌內，依法律或行政命令規定對重要事項之調查審議不服，審查及有學識經驗者等所提出合議之處理得設置合議制機關。」

²³⁸ 塩野宏，前揭書（註 91），頁 67～68。

²³⁹ 塩野宏，前揭書（註 91），頁 68～69。

行政實務上有關委員會之名稱更是混淆，不管是中央或地方行政機關皆為以「委員會」稱之，有關其定位有些為機關之性質者，有些為內部單位²⁴⁰。

在我國學者之論著中，行政委員會（Administrative commission）是一個廣泛的學術名詞概念，它意味著一群專業與有經驗的人員所成立的合議制組織。在官僚系統裡，它與獨任制機關是一個對立的名詞，但行政委員會的定位，在我國有些為「機關型態」，有些「內部單位」故在研究我國行政委員會時有必要先就其定義界定。

行政委員會通說認為其含義有二²⁴¹，其一為傳統行政機關以外所設立之獨立機關（即獨立的管制委員會），以我國現制為例，諸如中央選舉委員會、公平交易委員會，以及國家通訊傳播委員會；其二為行政機關內部所設置之具有諮詢、審議、調查、監督管理、爭議裁決之準立法與準司法之「內部單位」，例如各級機關之訴願委員會、法規委員會以及因應新興事務的甄審委員會。兩種行政委員會之成員雖均稱為「委員」，但其權利、義務與責任則有明顯的不同。若以機關型態的委員會而言，其成員均為專任（少部分例外如中央選舉委員會委員），且須受公務員法制的規範，但若為機關內部單位型態的行政委員會則其成員大都來自於民間（非官方）的專家學者，公正人士或利益團體的代表並非公務員身分，是故討論行政委員會宜有明確的定義，並分析其中之區別，本款擬從廣義角度論述並各別分析機關型態的行政委員會與內部單位型態的行政委員會，核先說明。茲進一步就行政委員會之定義概念析述如次：

第一目 行政機關以外獨立之行政委員會

行政委員會之第一層含義係指行政機關以外獨立之行政委員會，獨立行政委員會之出現應係源自於美國 1887 年，經由州際商務法（the Interstate Commerce Act of 1887）所成立的州際商務委員會（Interstate Commerce Commission, ICC），隨者社會之變遷，行政職能不斷擴大，美國亦不斷形成各類得行政管制委員會²⁴²，我國於中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定，

²⁴⁰ 中央行政機關組織基準法第 27 條：「一級機關、二級機關及三級機關，得依法設立掌理調查、審議、訴願等單位」此條類似日本國家行政組織法第 8 條。

²⁴¹ 涂懷瑩，行政法原理，1990 年 4 月增訂 5 版，頁 214~215。

²⁴² 關於美國行政管制委員會，林子儀，美國總統的行政首長權與獨立的行政管制委員會，收於氏著權力分立與憲政發展，1993 年 10 月，頁 125 以下。

獨立機關係指依法律獨立行使職權，自主運作除法律另有規定外，不受其他機關監督之合議制機關。此類之行政委員會係指決策階層由權限平等的成員組成，決議方式採多數決並同負其責任²⁴³，其特色如次：

- 一、委員的選任重視其專業學識及經驗，且有任期保障²⁴⁴。
- 二、由多數委員組成委員會且以合議之方式行使職權。
- 三、行使之職權包括制頒法規命令權及業務之調查權。
- 四、決議之方式採多數決。
- 五、就個案之決定，依法律獨立自主運作，依專業自主決定，不受上級指揮監督。

第二目 行政機關內部設立之行政委員會

行政委員會之第二層含義係指，在行政機關內部成立，用以掌理準立法、準司法技術與專門性質之行政事務，而其職權包括專業領域之諮詢、甄審（評選）、監督及爭議裁決，此種行政委員會在二十世紀後如雨後春筍般地出現於行政領域，其肇因於國家職能在福利國家發達之後，社會多元化與專業化政府必須處理大量的新興事務，茲進一步說明其特色如次：

- 一、其組織之特色在於成員採官民共組模式，亦即除了官僚系統之公務人員外尚有民間之專家、學者及社會公正人士的參與。
- 二、該行政委員會所處理之事務含準立法與準司法事項，有時亦直接替代現行行政機關。諸如民間參與公共建設甄審委員會之決定即代替機關之決定²⁴⁵；各級機關之訴願委員會及國家賠償委員會處理之事即有準司法之性質。
- 三、為昭公信，其成員大都採外聘委員須達一定比例數額，最常見之立法例係專家、學者、社會公正人士須達二分之一²⁴⁶或三分之一²⁴⁷，此乃係藉由民間專家之參與達到行政民主化。

²⁴³ 吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），作者自版，2007 年，頁 193。

²⁴⁴ 公平交易委員會組織條例第 11 條；行政院金融監督管理委員會組織法第 8 條。

²⁴⁵ 台北高等行政法院 94 訴字 752 號判決；最高行政法院 95 年度判字 1239 號。

²⁴⁶ 訴願法第 52 條規定，專家學者社會公正人士不得少於「二分之一」。

²⁴⁷ 諸如依區域計畫法第 4 條第 2 項授權訂定之各的區域計畫委員會組織規程第 5 條第 2 項，委員分配名額，其中專家學者不得少於委員總數之「三分之一」。

四、此種委員會有逐步擴增之趨勢，而其法源大都由行為法授權訂定之組織規程，恐有「委員會肥大症」之現象²⁴⁸。

第三款 行政委員會之類型

欲清楚釐清行政委員會之類型，首須從行政機關之類型著手，一般說來，機關組織若以成員分可分為獨立制與合議制機關，合議制又稱委員制；行政委員會在「機關型態者」即從此而來，以下分別就文獻中整理行政委員會之分類如次：

第一目 學者之分類²⁴⁹

吳庚教授認為，合議制機關指決策階層由權限平等之成員組成，通常以多數決方式作成決定，並同負責任之行政機關；合議制又稱委員制，又可分為合議制委員會、獨任制委員會及混合型委員會²⁵⁰。

另外，依 1994 年研考會委託許慶復教授主持研究之「行政委員會組織與功能之研究」其研究成果認為，我國行政委員會的數目極多，種類極其分歧，該研究依委員會在行政決策過程中所扮演的角色將委員會分為下列五種²⁵¹，為便於分析本文將之匯整其下列圖表：

²⁴⁸ 依筆者實證研究結果，以內政行政言，中央的內政部即有 30 個之多。

²⁴⁹ 吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），2007 年 8 月，頁 197；並參黃錦堂，行政組織法之基本問題，載於翁岳生編行政法（上）2006，台北，元照，2006 年 10 月 3 版 1 刷，頁 243。

²⁵⁰ 吳庚，前揭書，頁 197。

²⁵¹ 許慶復主持研究「行政委員會組織與功能研究」，頁 7~9（1994 年研考會委託研究案）；新近教科書參陳愛娥等合著「行政法入門」，台北，元照，2004 年 5 月修訂版，頁 222~224，其分類與前揭研究報告大致相同。

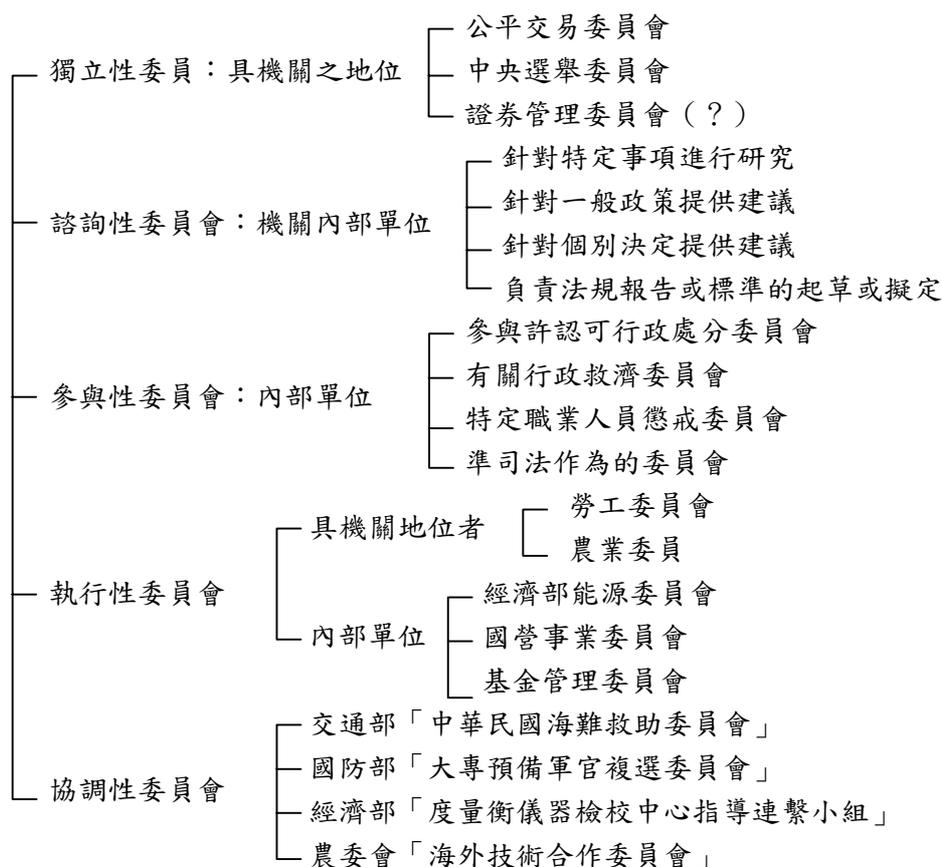


圖 2-4 委員會在行政決策中之角色分類

此外，上開研究報告復依該委員會的預定功能或設定目的來區分，則可將行政委員會分為下列五種²⁵²：

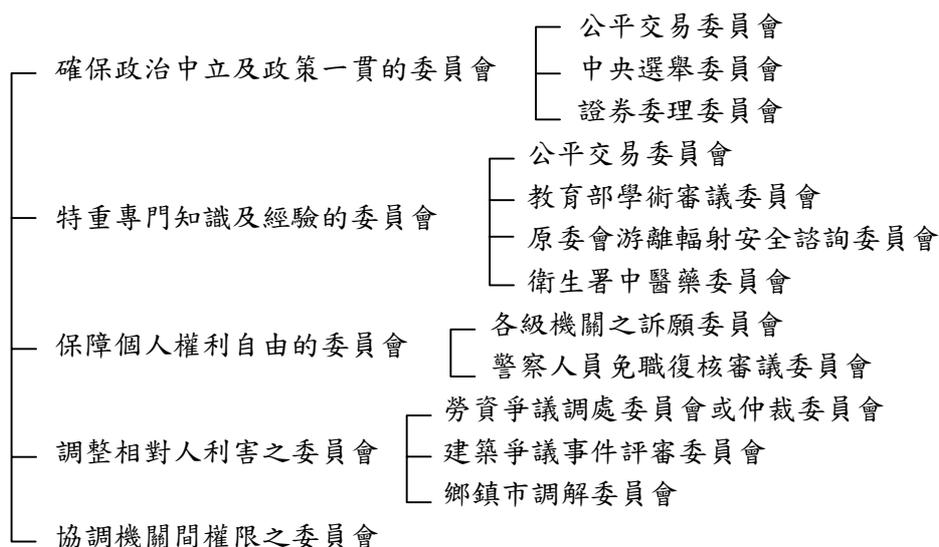


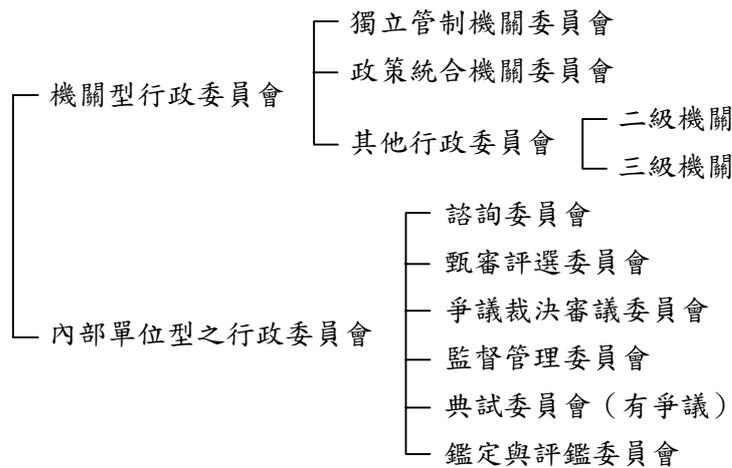
圖 2-5 委員會之功能與目的分類

²⁵² 許慶復主持研究，前揭書（註 177），頁 10~11。

許慶復教授主持之研究，大量地採用現行行政機關或內部單位作為分析之對象，有助於對行政委員會進一步瞭解，惟該研究報告係 1994 年完成近 16 年，目前我國現行行政組織中多所更迭²⁵³。例如上開研究報告所舉之「證券管理委員會」現已改成「行政院金融監督管理委員會證期局」；又 2004 年台灣通過中央行政機關組織基準法，與本主題有關之獨立機關與政策附屬機關（委員會）亦有組織基本法之法源，故在新的研究方向更應關注於新型的機關型態及其所衍生之問題。

第二目 本文之分類

本文對行政委員會之討論係採最廣義之見解，在我國現行制度下應包括機關型與機關內部單位型，其中又因分類之標準不同而有各別之含義與爭點，為便於掌握相關概念，茲先圖示如次，進一步分類標準及說明將於本論文第四章加以說明。



製圖／作者

圖 2-6 機關型與內部單位型之行政委員會

²⁵³ 以行政組織法制而言，中央行政機關組織基準法於 2004 年制定並於 2010 年修正，另行政院組織法於 2010 年 1 月 12 日修正，並預計 2012 年 1 月 1 日施行；此外行政院功能業務與組織暫行條例與中央政府總員額法已於 2010 年 1 月 12 日完成立法。

第四款 我國現行制度之觀察－以獨立機關委員會之委員 為中心

第一目 我國各獨立機關委員會及委員概觀

在我國不管獨立機關之成員或機關內專家參與之委員會其成員皆稱為「委員」，然獨立機關委員會之委員²⁵⁴在制度上仍與外聘委員不同，為進一步比較兩者之不同，本文擬先以實證之方法檢視我國獨立機關委員會組織法及條例有關「委員」之相關規定如次：

表 2-3 我國現行獨立機關比較表

委員會		中選會	公平會	金管會	通傳會
比較點					
◎設立年代		1980 年	1992 年	2004 年	2006 年
◎設立依據	• 作用法 • 組織法	• 公職人員選舉罷免法第 8 條 • 中央選舉委員會組織法(98.6.10)	• 公平交易法第 25、29 條 • 公平交易委員會組織條例	• 行政院組織法第 6 條 • 行政院金融監督管理委員會組織法	• 通訊傳播基本法第 3 條 • 國家通訊傳播委員會組織法
◎任務		• 貫徹憲法保障民主法治及人民參政權之本質 • 統籌辦理公職人員選舉	• 維護交易秩序與消費者利益 • 確保公平競爭 • 促進經濟安定繁榮	• 健全金融機構經營 • 維持金融穩定 • 促進金融市場發展	• 落實保障言論自由 • 謹守政黨退出媒體 • 促進通訊傳播健全發展 • 維持媒體專業自主 • 確保場公平競爭
◎職掌		• 中央選舉委員會組織法第 2 條	• 公平交易委員會組織條例第 14 條	• 行政院金融監督管理委員會組織法第 4 條	• 國家通信傳播組織法第 3 條
◎委員任命	• 人數	• 9~11 人	• 9 人	• 9 人	• 7 人
	• 任期	• 4 年	• 3 年	• 4 年	• 4 年
	• 何人任命	• 行政院長提名經立法院同意後任命	• 行政院提請總統任命	• 行政院提請總統任命	• 行政院長提名經立法院同意後任命 • 釋字 613 宣告原任命方式違憲

²⁵⁴ 我國獨立機關原有中選會、公平會、通傳會及金管會，但於 2010 年 1 月 12 日之行政院組織法修正通過實施後（民國 101 年），我國獨立機關將僅剩中選會、公平會及通傳會三個核先說明。

	• 有無給職	• 除主任委員外，餘為無給職	• 有給專任	• 有給專任經驗	• 有給專任
	• 政黨限制	• 同一黨籍不得超過總數三分之一	• 委員具同一黨籍不得超過二分之一	• 同一黨籍不得超過總額三分之一	• 政黨推薦部分遭釋 613 宣告違憲
	• 資格限制	• 未規定	• 委員應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗	• 委員須具有法律、經濟、金融、財稅、會計或管理等相關學識及經驗	• 委員須具有電信、資訊、傳播、法律或財經專業知識或實務經驗
◎ 成員行為規範	• 獨立行使職權	• ✓	• ✓	• ✓	• ✓
	• 超出黨派	• ✓	• ✓	• ✓	• ✓
	• 迴避義務	• 未規定	• ✓	• 未規定	• ✓
	• 守密義務	• 未規定	• 未規定	• ✓	• 未規定
	• 旋轉門條款	• 未規定	• 未規定	• 未規定	• ✓
◎ 職權行使	• 何時召開	委員會 • 每月舉行一次；必要時臨時會	委員會 • 每週一次，必要時得開臨時會	委員會 • 每週會議一次，必要時臨時會	委員會 • 每週會議一次，必要時召開臨時會
	• 出席人數	• 全體委員二分之一出席	• 全體委員半數出席	• 全體委員三分之二出席	• 未規定
	• 同意人數	• 出席之二分之一同意	• 出席二分之一同意	• 出席二分之一同意	• 委員總額過二分之一同意
	• 得否邀學者、專家供諮詢…或報告	• ✓	• ✓	• ✓	• ✓
【備註】：資料分析來源： 1. 中央選舉委員會組織法（98.6.10） 2. 公平交易委員會組織條例 3. 行政院金融監督管理組織法 4. 國家通訊傳播委員會組織法					

製表／作者

第二目 委員會成員與人數

新修正中央行政機關組織基準法（99.1.12）第 21 條第 3 項規定「第 1 項合議制之成員，除有特殊需要外，其人數以五人至十一人為原則，具有同一黨籍者不得超過一定比例」修正前我國獨立機關委員會人數顯與基準法相差甚大，修正後已趨於一致，中選委員會九～十一人²⁵⁵、公平會委員九人²⁵⁶、金管會管

²⁵⁵ 2009 年 6 月 10 日公布之中央選舉委員會組織法第 3 條第 1 項。

委員九人²⁵⁷、通傳會委員七人²⁵⁸，除有「特殊需要外」否則應採一致標準為當，蓋專家代表有相當高層次的知識系統，眾多專家合聚一堂，對於多元意見固可提供多面向思考，但也因固執己見造成意見相左，延宕效率的缺點，晚近行政院因釋字 613 號修改國家通訊傳播委員會委員成七人（原為十三人），使得獨立機關之組織條例與基準法相應，本文認為，委員會人數不宜過多，否則將造成法制不一之現象。

此外，較為特殊者為我國目前之中央選舉委員會之成員僅主任委員副主任委員外，餘為無給職，其餘委員均為兼任。與其他委員會之委員為專任有給不同。

第三目 委員之任命程序

中央選舉委員會之主任及副主任委員及委員均由行政院長提名經立法院同意後任命²⁵⁹；國家通訊傳播委員會之委員由行政院長提名，經立法院同意任命²⁶⁰；至於金融監督管理委員會²⁶¹與公平交易委員會²⁶²之委員則由行政院長提請總統任命。因此，雖皆為獨立機關，但委員之任命方式仍有不同。

修正後中央行政機關組織基準法第 21 條第 1 項及第 2 項規定：「獨立機關合議制之成員，均應明定其任職期限、任命程序、停職、免職之規定及程序。但相當二級機關之獨立機關，其合議制成員中屬專任者，應先經立法院同意後任命之；其他獨立機關合議制成員由一級機關首長任命之。一級機關首長為前項任命時，應指定成員中之一人為首長，一人為副首長。」

第四目 獨立機關委員之政黨背景限制

政黨之概念從政治學、憲法學及法律上有各種不同之解讀，我國憲法對政黨或黨派之規定不少²⁶³，至於政黨在憲法上之地位為何？德國聯邦憲法法院從

²⁵⁶ 行政院公平交易委員會組織條例第 11 條第 1 項。

²⁵⁷ 行政院金融監督管理委員會組織法第 8 條第 1 項。

²⁵⁸ 國家通訊傳播委員會組織法第 4 條第 1 項。

²⁵⁹ 中央選舉委員會組織法第 3 條第 3 項。

²⁶⁰ 國家通訊傳播委員會組織法第 4 條第 3 項。

²⁶¹ 公平交易委員會組織條例第 11 條。

²⁶² 行政院金融監督管理委員會組織法第 8 條。

²⁶³ 關於政黨概念之詳細說明，法治斌、董保城合著，憲法新論，2005 年 10 月 3 刷 1 刷，頁

「憲法機關」到放棄憲法機關之地位，而將之視為憲法上之制度。

從我國法觀之，人民團體組織法第 44 條規定，「政治團體係指以共同民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與為目的，由中華民國國民組織之團體」是故政黨係以全國性之政治團體，而加入政黨之國民則具有該黨黨籍，政黨最主要的任務乃在於選舉，雖然任務目的與民主政治息息相關；但其設立為民法上之法律行為（共同行為）而非公法上之意思表示²⁶⁴。

至於黨員與政黨之關係，人民與基於相同之政治理念，只要符合章程之規定，均可自由加入某一政黨，而一旦發現自身政治理念與所屬政黨不合時，得自由退出該政黨。

於此需探討者獨立機關委員之任命，新修正中央行政機關組織基準法第 21 條第 3 項後段規定：「具有同一黨籍者不得超過一定比例」係對於委員之黨籍總量之限制，蓋獨立機關所強調者係專業性、獨立性與超然性，其中「獨立性與超然性」若由同一黨籍之委員之擔任，恐失去其建制之目的，蓋委員於行使職權必須嚴守客觀中立與專業立場，以確保公共利益之實踐。我國中央行政機關組織基準法僅規定「一定比例」在我國獨立機關委員卻呈現比例不一之現象，如中選會「委員應有無黨籍人士具同一黨籍不得超過總數二分之一」、「公平會」委員具同一黨籍不得超過二分之一、金管會「委員同一黨籍不得超過三分之一」、通傳會因係由政黨比例「推薦產生」（後遭釋字 613 號宣告違憲）於此值得檢討者有二：

(一)同為獨立機關委員會為何未有一致比例之規定。

(二)專業、獨立之學者、專家與政黨之關係之分際如何劃分？以目前台灣之政治氛圍，專家、學者很難擺脫政黨傾向之影響。舉例言之，憲法 88 條訂有考試委員有「超越黨派」之義務，而考試委員的任命又是標準政治任命之結果²⁶⁵，是故對此限制只能說係「形式」之限制，「實質」上能否發揮專家之獨立性，本文持否定態度。改革之道或可採取政黨參與之高度門檻，舉例來說，前述之二分之一、三分之一，本文寧可採三分之一之限制。

34 以下。

²⁶⁴ 法治斌、董保城合著，前揭書，頁 35～36。

²⁶⁵ 陳新民，憲法學釋論（修訂 5 版），作者自版，2005 年 9 月，頁 629。

第五目 獨立機關委員之行爲規範

獨立機關之委員除了中央選舉委員會之委員外，其餘皆爲「專任有給」自應遵守公務員服務法等相關法制，然獨立機關與一般傳統行政機關之公務員最大之不同在於強調其「專業性與獨立性」，故在具體個案之指揮，爲使獨立機關有更多不受政治干擾及專業自主之空間，排除上級機關在層級制之指揮監督。

我國獨立機關委員會之組織法或組織條例中，對於委員之行爲規範常見之立法例有下列數端：

一、超出黨派並獨立行使職權

我國獨立機關組織法最常見之立法例爲「本會委員依法獨立行使職權並應超出黨派，不得參加政黨活動²⁶⁶」於此須進一步討論獨立行使職權與超出黨派之意涵爲何：

(一)獨立行使職權

獨立行使職權之意旨，依據司法院釋字第 613 號解釋，僅指在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所爲對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。故僅限於具體個案決定有所謂獨立行使職權可言，不包括政策決定領域。

獨立機關依據法律主管之業務應以裁決性、調查性或管制性爲主，不負責施政政策、產業輔導或獎勵等業務，若裁決性、調查性或管制性之個案決定涉及施政政策領域時，仍應與行政院各主管部會協調溝通，並接受行政院之政策決定。再者，其行使職權之個案決定雖不受行政院或其他行政機關之適當性及適法性監督，然以獨立機關仍屬中央行政機關，舉凡中央行政機關在性質上應一致遵行之行政管理事項仍應遵守，否則行政院作爲憲法規定全國最高之行政機關，其完整之行政管理權限即難以維持²⁶⁷。

(二)超出黨派

²⁶⁶ 行政院金融監督委員會組織法第 9 條；國家通訊傳播委員會組織法第 7 條。

²⁶⁷ 行政院「獨立機關與行政院關係運作說明」，行政院 95.10.31 臺規字第 0950091326 號函修正。

我國憲法對於獨立性之要求者有二，其一為法官，再者為考試委員，憲法 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」同法 88 條規定：「考試委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」此與獨立機關委員之要求相同，然問題是「超出黨派以外」究應如何解釋？法官、考試委員、獨立機關委員對於「超出黨派以外」之要求是否應作相同之解釋？對此我國文獻上，研究憲法學者對於法官「超出黨派以外」之解釋約有下端²⁶⁸：

表 2-4 法官超出黨派之學說匯整表

學說	意義	法官需超出黨派以外之意涵？
最嚴格說		法官不得加入，已加入者須退出
嚴格說		可加入政黨，但不得參與政黨活動
寬鬆說		參與政治活動時，須自我節制
最寬鬆說		要求法官審判時，不受政黨干涉即可

製表／作者

對於上述學說，有謂最嚴格說可能侵害法官結社自由與參政權，一般較接受嚴格說及寬鬆說，對於法官加入政黨的問題，總有正反意見，反對其理由為加入政黨後將受黨紀約束；受人情包圍對其承審案例主觀上必受所屬政黨理念與價值判斷所影響，客觀上將面對當事人質疑其是否真正保持中正，尤其承審高度政治性案例時，司法公信力將隨之喪失；贊成法官參加入政黨者其理由係從保障法官結社權與參政權之觀點，以及禁止法官入黨之時效性及健全政黨內部法治化之觀點，對於上述不同之觀點有學者亦力倡「法官政治行為的節制原則」²⁶⁹，然本文認為法官之職位與一般人民不一樣，需對之有較高之要求，未來法官法制定時不妨明定「法官不得加入政黨，已加入者須退出」，以真正落實「司法獨立」。

問題是，獨立機關委員所規範之「超出黨派以外」應否如法官般採最嚴格的「不得加入」本文認為行政獨立性與司法獨立性於本質上仍有不同，如上所述獨立機關僅於涉及裁決管制與調查的個案決定，不受行政院監督，至於施政政策或產業輔導仍須報政院核定，又獨立機關首長非閣員，仍應列席院會並遵

²⁶⁸ 董保城、法治斌，憲法新論，2005 年 10 月 3 版 1 刷，頁 390。

²⁶⁹ 陳新民，前揭書，頁 627～630。

守會議結論，故似不需如法官般採最嚴格之不得加入，寧採可加入政黨，但不得參與政黨活動。我國獨立機關組織法亦採此立法例，可資贊同。

二、行使職權公正之要求

獨立機關委員行使職權須公正（impartiality）之要求表現於迴避制度、組織適法與禁止片面接觸²⁷⁰，委員於行政程序中有應迴避之事由，應自行迴避乃法治國家依法行政維持程序公正最基本之要求，行政程序中之公務員，包括各種委員會之委員，有法定（參行政程序法§32、§33）迴避事由而不迴避者，均為違反憲法層次之正當法律程序，其所為之處分或決定即係違法²⁷¹。此外組織不適法亦違反公正之要求，包括委員會之組成不符法定要件、開會人數不符，決議人數不符或應經合議而未合議等²⁷²。

我國上述獨立機關委員會之組織法中對於迴避及會議之召開要件均做詳細之規定²⁷³，於條件上或有不同之規定。舉例言之，行政院金融監督管理委員會須全體委員三分之二出席；出席二分之一同意；至於其他大都二分之一出席，出席的二分之一同意。

第五款 小結

外聘委員與行政委員會之委員雖然名稱均為「委員」，但彼此之定位、權利義務以及責任亦各不相同；之所以易造成混淆乃是我國行政委員會有「機關型」與「內部單位」之委員會，而本文所研究對象係指內部單位之外聘委員，亦即以其專門知識與技能之人介入國家公共事務，並非在獨立機關組織法中定有官等職等之委員，是故本研究論文所稱之委員並不包括獨立機關委員會之成員。

²⁷⁰ 湯德宗，行政程序法論，2000年10月，台北，元照，頁11~18。

²⁷¹ 台北高等行政法院89年度訴字第710號。

²⁷² 關於迴避之實務案例請參最高行政法院91判字1514號及最高行政法院93年度判字745號。

²⁷³ 有迴避規定者如公平會與通傳會，至於金管會則未規定。

第三章 機關外聘委員參與國家公共事務 之法理基礎

第一節 前言

國家事務究竟應由何機關來行使？從 1748 年法國學者孟德斯鳩（montesquie）建構出國家權力分成行政、立法、司法三權，有了三權分立之芻型。然而「權力分立」實際上包含二個概念，即「功能上之權力分立」與「組織上之權力分立」，前者係從國家的任務性質作區分，認為國家之任務有行政、立法、司法三種；後者係將行政、立法、司法不同性質的任務交由不同機關來行使¹。我國憲法在國家組織設計上係採五權分立之體制，而國家之行政任務分由行政院及考試院來行使。本文所指之外聘委員參與國家事務，除了立法之諮詢及準司法之合議制審議外²，幾乎係指參與國家或地方公共行政任務之遂行。

行政任務之遂行係由國家所設立之行政組織來擔任，故行政組織是爲了達成行政任務而存在。德國學者 Ritter 認爲：「現代國家乃依其建構的（行政）組織而成爲具有決定能力及行爲能力的主體」³，因此在論及行政組織應如何設計必須回應國家與社會任務之變遷⁴，尤其晚近資訊社會的多樣化時代來臨，已非單純的傳統農工社會，面對這些轉變。行政組織法之設計被要求須朝向有「民主正當性」「有效率」及「責任界分」的方向去發展⁵，因此在傳統行政一體之官僚體系中，更須仰賴各領域擁有專門知識及技能之人與傳統官僚制度組織制度下之公務員合作來達成公共任務並具以實現公益。然而從法治國家的角度，專家學者（外聘委員）畢竟不是依法考選、任用經法定程序且取得合法與合憲性基礎之公務員，此不免令人質疑，專家學者社會公正人士等外聘委員參與國

¹ 法治斌、董保城合著，憲法新論，2005 年 10 月 3 版 1 刷，頁 54。

² 立法於制定法案時通常會邀請專家學者參加該委員會所舉辦之公聽會；另在審理爭議上亦有專家學者之界入；但傳統國家立法權係由經民主選舉出之立法委員行使；司法權則由憲法之法官行使。

³ 林明鏘，歐盟行政法－德國行政法總論之變革，台北，新學林，2009 年 12 月，頁 155。

⁴ 陳愛娥，行政任務取向的行政組織法－重新建構行政組織法的考量觀點，載於月旦法學教室，第 5 期，頁 66。

⁵ 林明鏘，前揭書（註 3），頁 157～158。

家或地方行政任務之法理基礎何在？實有進一步論證之必要。

第二節 行政的技術化

現代行政特色之一即行政技術化的趨勢。隨著時代的演進、科技的進步，國家行政所面臨的問題已非傳統干涉行政的領域。在面對風險社會的來臨行政的技術性要求愈來愈高，而展現在行政業務法令上更須具備高度的技術性⁶。例如水利土木、生物科技、大地結構、環境污染、醫藥衛生、食品衛生安全以及核能幅射防護等行政事務。傳統官僚組織之公務員固可處理一般行政庶務，但對於高度技術性法規的制定與執行，在客觀情形下無法單獨仰賴機關之力，而必項引進各該領域具備技術之專家加以協助。於是此機關之內即有專家學者參與的委員會成立，藉以提供機關政策諮詢或作為處理審議、爭議裁決、鑑定調查或監督管理的組織。

由於現代行政國家之發展，科技扮演極為重要的角色，通訊設備科技不斷的推陳出新，人民居住環境遭受嚴峻的考驗，國家在處理這些事務必須仰賴科學技術。然而科技具有知識的累積性、專業性與分工性，在細緻的分工之下，技術日新月異，縱使是具備科技知識的公務員，也未必能對自己不熟悉的業務窺其全貌⁷；同時技術不斷的翻新，例如建築規則與生態工法的改變要應付這些轉變，唯有引進專家的參與方能符合潮流的要求。

但是，由於行政技術化的結果導致機關運用專家參與的模式卻也遭來不少的批判，以政策的制定為例，專家雖然號稱「價值中立」但實踐的結果卻為「技術理性」很難得到全體社會構成員的一致認同⁸；同時專家雖擁有技術，若專家

⁶ 諸如，土壤及地下水污染整治法第 10 條第 1 項：「依本法規定進行土壤、底泥及地下水污染調查、整治及提供、檢具土壤及地下水污染檢測資料時，其土壤、底泥及地下水污染物檢驗測定，除經中央主管機關核准者外，應委託經中央主管機關許可之檢測機構辦理。」；動物傳染病防治條例第 34 條之 1 第 1 項：「為執行檢疫並防止動物傳染病之傳染及蔓延，中央主管機關得視檢疫物種類，訂定應實施動物傳染病檢疫之處理、方法、作業程序、動物隔離之地點、時間、程序及留檢動物之運送等相關管理辦法。」；毒性化學物質管理法第 11 條：「毒性化學物質之運作，除法律另有規定外，應依中央主管機關公告或審定之方法行之。中央主管機關得依管理需要，公告毒性化學物質之管制濃度及大量運作基準。」

⁷ 牛惠之，「科技法律」議題之研究，收於蘇永欽主編部門憲法，台北，元照，2006 年 1 月，頁 753～754。

⁸ 林水波，公共政策新論，台北，智勝，2010 年 3 月，頁 40。

決策完全從技術的觀點進行，將使得專家成員之間難以達成共識甚至引發專家間的衝突，影響到決策的品質⁹。

當然，任何一項事務之運作勢必有正反兩面，如今存在於機關內多數專家學者參與公共事務之「既存事實」其法理基礎之一乃在於行政技術化的趨勢，因為這個趨勢使得機關委員會內引進專家學者之參與成爲一個普遍的現象。從實證法加以觀察，諸環境影響評估委員會之專家須具備環境相關的技術；食品衛生安全諮詢委員會必須有食品、醫藥的技術，而這些專家的參與，某種程度也讓政府處理大量行政技術化的業務，取得了正當性的結果。

第三節 行政的專業化

雖然，行政的專業化與技術化某些程度上相似，但是若以座標加以觀察，吾人可以做以下的比喻；行政的技術化是縱向發展，亦即針對某一行政業務例如建築通訊光電，其技術的發展往往向上展延，精益求精，不斷在該領域中尋求突破與創新；但是專業化則是呈現「橫向」的觀察，文明社會分工愈細則愈強專業，它是一個相對概念，就是各行業之間的相互關係，例如醫學、法律、建築、會計、社工等均屬社會網絡的一環。而各行業的分工並不是出於技術上的需要，而係一種社會制度的安排，受權力的規制¹⁰。

隨著現代社會的分工與專業化，加以活動的頻繁，行政案件的數量以及處理的品質要求與速度上，已非早期單純社會時期的制度所滿足¹¹，於是引進專業人士參與公共事務則爲自然的趨勢。

專業強調知識以及處理事務之能力；現代行政的多元化也帶來了專業化的結果，但是一個尚待克服的困難是傳統官僚組織下的公務員在處理公共事務夠專業嗎？如果不夠，在途徑的選擇上勢必透過各專業領域的專家與公務員合作

⁹ 林水波，同前註，頁 41。

¹⁰ 蔣云蔚，走下神壇，專家民事責任基本問題研究，大陸，法律出版社，2008 年 11 月，頁 18。

¹¹ 黃啓禎，建築師之勘驗行爲係監造義務之履行而非公權力性質之監督，載於台灣本土法學第 84 期，2006 年 7 月，頁 200。

共同解決現代社會所面臨的問題。從實證法的角度觀察，各國政府¹²在面對「專業社會」的時代來臨，在行政組織法的領域，透過「官民合作」的模式，引進專家學者協助公務員處理專業化社會所帶來的問題。再者，從行政專業性的角度與行政組織加以聯結，吾人認為，組織的設立係為解決問題而存在。而傳統行政組織內以「公務員」為主要核心的作法似乎已不符合現代專業化社會所需。在學者指出，行政組織並沒有一個放諸四海而皆準的「萬能組織」，它只有在各別任務完成上具有最佳效能者，才是理性的組織¹³。而行政專業化的趨勢則造成專家學者進入行政機關參與公共事務的結果，這是一個必然的趨勢也是一種良性的發展。只不過取得參與的法理基礎之後，如何完備法規範的設計則是進一步要完成的課題。蓋晚近人權保障之趨勢在基本人權方面，亦強調組織及程序的功能保障，國家有提供適當組織與程序的義務，因為基本權實現與這些組織息息相關。

第四節 民主原則

民主原則係基於人民之自我決定，而且必須符合自由民主之多數意見所形成的法治國家統治秩序，國家主權之行使必須有直接或間接民主的正當性¹⁴。我國憲法第二條揭櫫國民主權原則，國家權力行使必須符合民主原則，其具有兩方面之意義。其一，就國民權力方面而言，應由國民取得國家政策的最高決定權；其二，就國家權力的行使具有正當性¹⁵。如德國學者 Ritter 所述，現代國家及依其建構的行政組織法而成為具有決定能力及行為能力之主體，透過行政組織去完成公共任務。但隨著客觀環境的遷移，行政組織有被朝著民主正當性的方向發展¹⁶。至於行政行為的民主正當性基礎是否充分，通常以權力功能、

¹² 例如日本有各類審議會之設立；英國的行政裁決所亦引進專家的參與，相關文獻請參閱塩野宏，行政法Ⅲ（行政組織法），有斐閣，2008年10月，頁76以下；Smith and Keenan's, English Law 76（2007）；Wade & Forsyth, Administrative Law 908（2004）。

¹³ 林明鏘，歐盟行政法—德國行政法總論之變革，台北，新學林，2009年12月，頁185。

¹⁴ 董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面之挑戰，收於台灣行政法學會論文集（2007）國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織，台北，元照，2007年，頁278～279。

¹⁵ 李惠宗，憲法要義，台北，元照，2004年，頁64～65。

¹⁶ 林明鏘，前揭書（註3），頁157～158。

人事以及事務內容等不同之基準為斷¹⁷。

外聘委員介入參與國家或地方行政任務之合憲性基礎，首須探究者為民主原則，所謂民主原則強調國家之權力行使須有民主的授權才具有正當性，亦即任何國家權力之行使須直接或間接來自人民¹⁸。換言之，民主原則雖然要求公權力主體對重要事務應有一定的影響力，但其並不排斥公共事務由私人承擔，只要公權力主體對承擔該事務的私人保有該對該任務有適當的監督權限，即已滿足民主原則之要求¹⁹。

以外聘委員參與國家行政事務影響較大者如民間參與公共建設甄審委員會所作之決定，司法雖應尊重獨立專家委員會所作的判斷餘地，但若其決定顯然違法，仍非不得介入審查²⁰，亦即國家允許私人參與國家行政事務，但並非完全放任，仍然擁有適當的監督機制，是故從憲法民主原則的角度言，憲法並未有排斥私人承擔國家行政任務，只要有法律依據或授權並接受主管機關之監督，就沒有違反民主原則之問題。

但亦有不同見解認為機關外聘委員之引進不外「專業化」與「民主化」，但專業化與民主化實有可能產生衝突，尤其民主概念在憲法上指示太少，同時各委員會之任務亦不相同，因此並不適合作為私人參與的憲法基礎²¹。

此外，亦有學者指出行政機關作成決定由其負責乃在於行政機關有民主正當性，若由行政機關以外之代表（如專家學者）取得支配行政權將弱化其民主正當性，紊亂責任政治²²。

本文認為，機關引進專家學者社會公正人士參與公共事務之履行乃是行政內部組織調控的方式之一，隨著社會的多元變遷、公共任務之履行都可能透過

¹⁷ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，收錄於氏著民營化法與管制革新，台北，元照，2005年9月，頁23。

¹⁸ 許宗力，論行政任務的民營化，收於當代公法新論（中），翁岳生教授，七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月初版1刷，頁595。

¹⁹ 陳愛娥，國家角色變遷下的行政任務，載於月旦法學教室第3期，頁104。

²⁰ 台北高等行政法院94訴審752號判決。

²¹ 盧柏岑，私人參與組成的行政委員會，國立台灣大學法律研究所碩士論文，1995年6月，頁112。

²² 許宗力，行政程序之透明化與集中化，收於憲法與法治國行政，台北，元照，1999年，頁346～347。

法律規定委諸私人達成，而國家僅居於監督之地位即可²³。是故在國家組織內部有多元型態，例如獨立性、技術性的專家與官僚組合的組織出現，雖然會衝擊「行政一體」²⁴但在合憲性的觀點上仍然是可以支持的。

從比較法之角度觀之，德國基本法第 24 條第 2 項規定：「所有國家權力來自於民國民。國家權力由國民選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政、及司法機關行使之。」因此，德國之民主權係訴諸於全國國民意志，任何國家權力之行使須具備「民主正當性」²⁵；同時，德國基本法第 33 條第 4 項規定：「國家主權（hoheitsrechtliche Befugnisse）之行使，在通常情形下，應屬於公務員之固定職責，公務員依據公法服務效忠」亦即國家高權行使之權限為經常性任務一般只由公務員行使，由私人介入組成之委員會是否合憲？1990 年 11 月 27 日德國聯邦憲法法院在「慕司巴哈案」²⁶判決中針對此點認為並不違反憲法之民主原則，其理由略謂²⁷：

- 一、委員會之成員雖有私人介入個案之裁決，此乃符合憲法民主原則，蓋從其所參與之任務、範圍以觀，尚非如此高度政治性以致於質疑其違反民主原則。
- 二、基本法第 33 條第 4 項係指經常性之一般任務，而該案係有時間限制之履行公務，無涉上開基本法之規定。
- 三、讓社會團體派員參與（私人）是正當的，蓋國家最好能保持距離，而以多元意見形成的方式、組織、程序進行。

²³ 最典型者是行政任務與公營事業民營化，相關論點請參黃錦堂，行政任務民營化之研究－德國法之觀察與我國法的省思，收於氏著行政組織法論，台北，翰蘆，2005 年 5 月，頁 175～178；張文郁，行政機關及公營企業民營化之法律規制，收於氏著權利與救濟(二)，台北，元照，2009 年 1 月，頁 83～89；董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面之挑戰，收於國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織，台灣行政法學會論文集(2007)，台北，元照，2007 年 7 月，頁 246～249。

²⁴ 行政一體是傳統官僚組織重要的原則，與之相對的是行政多元的概念，在此概念之下會出現新的組織型態，參林明鏘，前揭書(註 3)，頁 157～158。

²⁵ 有關民主正當性之文獻，參黃舒芃，我國行政權民主正當性基礎的檢驗－以德國公法釋義學對行政民主正當性機論的詮釋為借鏡，憲政時代，第 25 期 2 卷，2000 年，頁 66；黃錦堂，行政組織法，台北，翰蘆，2005 年，頁 175～178。

²⁶ 本案憲法訴願人反對聯邦青少年習俗有害書刊檢查處將其著作：「約賽芬·慕司巴哈——一位維也納農村姑娘的生活史，由其本人自述」列管，於各級行政法院敗訴後提起憲法訴願(裁判的違憲審查)，參許慶復主持，陳志華、黃錦堂協同主持，行政委員會組織與功能之研究(第二章德國的行政委員會)，行政院研考會委託研究，1994 年 2 月，頁 28～29。

²⁷ 許慶復等，前揭文(前註)，頁 29～30。

此外，檢閱日本文獻，對於審議會導入有學識經驗者之參與並未有合憲性的討論²⁸，其原因乃在於日本國家行政組織法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關在法律規定其職掌範圍內，依法律或行政命令對重要事項之調查審議、不服審查及有學識經驗者等所提出的合議的處理，得設置合議機關」係透過國會制定的組織法授權，至少在形式上已符合國會間接民主的形式。

我國存在著許多專家學者參與的委員會，有關合憲性的檢討亦不如德國，同時存在以無數的委員會參與國家公共事務，有些是透過法律設置有些是法律授權，本文認為若以中央行政機關組織基準法第 27 條規定：「一級機關、二級機關及三級機關，得依法設立掌理調查、審議、訴願等單位。」從上述之「依法設立」若已符合形式法律保留，其合憲性自應予以承認。

第五節 公益與效率之考量

外聘委員參與行政委員會之運作，會因為官方在選任委員時可能必須受到（不具民主正當性）利益團體實質上介入任命的約束，因而導致民主正當性是否中斷之爭議²⁹，要化解這個疑慮就要強調參與之正當性，正當化事由可考慮「公益」。一般而言，公益在現代國家係以維持和平之社會秩序、保障個人之尊嚴、財產、自由及權利、提供文化發展、有利條件等項為其內容，國家之作為，倘若背離公益將失其正當性³⁰。外聘委員之介入國家或地方行政事務是否有助公益？隨著社會之多元化，傳統官僚組織遭到無效率之批判，是故晚近對於官僚制度之挑戰，即在於政府組織應該以對顧客服務之態度，國家公共部門之主管一直在探索利用這些概念把公共部門轉變成更貼近客戶，方便顧客使用有活力及競爭力的服務提供者³¹。任何組織上之改變或措施只要有助於公益之實現

²⁸ 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法，有斐閣，2008年，頁76～82；藤田宙靖，行政組織法，有斐閣，2005年，頁90～94。

²⁹ 黃舒芃，我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對行政民主正當性概念的詮釋為借鏡，載於憲政時代，第25卷第2期，1999年10月，頁73。

³⁰ 吳庚，行政法理論與實用（10版），作者自版，2007年，頁68～69。

³¹ Michael Barzelay，Breakig Jhrough Bureaucracy、A New Vision for managing in government；孔憲遂、王磊、劉忠慧譯，突破官僚制、政府管理的新願景，2002年11月第1版，大陸，人民大學出版社，頁6。

即取得正當性，而外聘委員以其介入之事務觀之，無非係處理多元化社會所帶來專門性及技術性之事務，至少在效率之考量上，其能合理有效地執行行政任務，並擔保行政部門之行爲具備一定品質。蓋以專家、學者對該專門技術領域之事項自較傳統官僚體制內公務員在行，是故擔保行政行爲之品質即在實現公益，亦使得外聘委員介入國家或地方行政任務取得正當性基礎。此外，在重大公共建設之設計委外案籌組甄審委員會其制度在於借由民間之專家學者之介入可適度防止弊端發生，亦即作爲官僚組織的防腐劑，至少在實現公平正義方面有其合理正當性基礎存在³²。茲進一步說明如次：

第一項 公益

外聘委之所以參與國家公共事務，大都以其專業受聘，在某一專業領域中具有優越表現，除了其專業之執行具有公共利益之性質外，不容否認地，外聘委員以其專門知識與經驗分擔國家職能乃係於「公益」。公益係一抽象之法概念，是否符合公益，不能任憑國家機關之主觀而應以客觀公正避免錯誤之認知，國家公共政策之形成、制定與執行恆涉公益，在多元社會中須透過公開討論裨形成共識³³。諸如蘇花高速公路應否興建、健保費應否調漲等，美國牛肉進口涉及之食品安全問題皆與人民息息相關，而外聘委員之加入正可代表多元聲音符合公益，蓋國家之作爲若悖離公益，將失去其正當性，而外聘委員參與分擔國家事務正可增強其正當性，並具有公益之實現特質。

以環境行政爲例，主管機關在面對環境變遷時，因專業知識及人員之不足，常有需借助民間專家加入運作，例如各種環境領域之委員會（環境品質諮詢委員會、法規委員會、公害糾紛裁決委員會、資源回收費率審議委員會、環境影響評估審查委員會以及環保標章審議委員會等）。儘管每一種類型委員會中專家學者所負責執行之事項各有差異，但是往往於個別之委託事項上不受委託機關之指揮而得獨立執行，委託機關亦相當程度地尊重其就個別事項所爲之認定與判斷上³⁴，此種官民合作模式在公益實現上甚具實效³⁵。

³² 但不容否認的，重大工程設計評審委員制度是在防弊，但也因爲如此卻也成爲不肖廠商取得工程的利器，制度之設計猶如刀之雙面利弊各有。

³³ 吳庚，行政法理論與實用（增訂10版），作者自版，2007年，頁68。

³⁴ 王毓正，論環境法於科技關連下之立法困境與管制手段變遷，載於成大法學第12期～127，

當然任何一種制度的形成有其多面之原因，而制度良窳在實證過程中將一一的浮現，大體說來，以專家、學者、公正人士作為外聘委員介入國家職能運作，公益之考量乃其中之特色。

第二項 效率

傳統行政官僚之運作最易遭致批評者，莫過於毫無效率觀念，隨著社會多元專業化，國家組織所承載之任務已由過去「維持秩序」到「給付國家」，而組織運作之「效率化」則成為能否積極實現人民基本權利保障的重要因素³⁶，西方憲政體制強調人民基本權保障與國家權力之節制，故有關效率與效能之考量並不被認為有憲法位階³⁷。1980年代世界各國政府均面臨功能不彰、效率低落、統治正當性遞減的危機，因而政府再造（Reinventing Government）的風潮席捲全球，英國於1979年首相柴契爾夫人上任後，大力鼓吹新右派思想提出「小而美的政府」（Minimal State）並於上任後立即成立「效率小組」（Efficiency Unit）並進行一連串改革。我國於2001年施行之行政程序法第1條規定「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能、增進人民對行政之信賴，特制定本法」其立法目的之一即在提高「行政效能」。換言之，「效率」亦成為國家權力行為或決定的內在要求³⁸，若能實現「效率」的理念，實即在落實保障人民之基本權利，亦可將之視為新的憲政價值³⁹。

晚近，台灣面對國際競爭以及國內政治、經濟、文化、社會等轉型，尤其政府效率早已成為國家競爭力重要的項目，因而有強調「企業型政府」，因而傳統早期行政學代表人物古立克（Gulick）曾說：「不論私人企業的經營或者政府

2006年12月，頁125。

³⁵ 但是這種模式亦有學者憂心認為專家參與欠缺民主參與性、透明的缺陷，參黃錦堂，環境憲法，頁742；另有學者認為，對於不確定法律概念，由專家的認知與意見來具體化或詮釋，法治國家原則亦將受挑戰，參王毓正，前揭文（同前註），頁126～127。

³⁶ 孫本初，新公共管理，台北，一品，2006年，頁148。

³⁷ 黃錦堂，行政組織法論，台北，翰蘆，2005年，頁191。

³⁸ 董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面之挑戰，收於2007年台灣行政法學術研討會論文集「國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織」，台北，元照，2007年7月，頁229～230。

³⁹ 黃錦堂，前揭書（註46），頁191。

的行政管理，基本的善都是效率⁴⁰。」外聘委員介入國家權力之運作，尤其在諮詢、評選、爭議仲裁及監督各方面的委員會，能迅速、公正處理達到紛爭解決，並提供政策決定之意見，凡此對於公益之增進以及專業化社會所要求的效率均有所助益。

第六節 私人參與公共任務

國家公共任務之履行並非全部仰賴公務員，基於公益與效率之考量只要符合法律保留之要求，私人亦可參與公共任務。此乃國家在許多方面仍須依賴社會。例如，各種急速變化的專業化要求及事件日益複雜，使得傳統公務員陷入執行公共任務之危機，而須藉助社會力量的支援，或私人給人能夠更佳履行公共任務的印象⁴¹。例如當社會發生重大疫情而官僚束手無策，不能任令社會陷入恐慌，適度引進專家行政以解決平迅速弭平爭議，此乃私人參與公共任務正當化的理由。

晚近，私人參與公共任務已非僅係個人，團體亦可依法律受委託行使公權力，當然受委託行使公權力之人或團體有其憲法上之界限，此項界限係從民主國原則中導出受委託行使公權力之人或團體須有民主正當性，並且透過有效監督來符合民主原則⁴²。

在日本，基於憲法上的國民主權原理，雖無明文禁止公權力委託，但仍以保留給行政組織為原則，只有在受託主體之組織與職員能以客觀專門能力、中立地、公正地進行業務以及透過國會及行政機關，確保對之監督可能之情形下方予委託。日本學者亦指出⁴³，委託係合憲，但同時要求嚴格控制受託之民間組織。

機關外聘委員參與國家公共任務舉凡包括諮詢、審議爭議裁決、監督管理

⁴⁰ 吳定，行政學(二)，台北，空大，1996年，頁325~327。

⁴¹ 蕭文生，自法律觀點論私人參與公共任務之執行，收於台灣行政法學會2007論文集，國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織，台北，元照，2007年，頁314~315。

⁴² 蕭文生，同前註，頁315。

⁴³ 米九恒治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力—私人行使行政權及其法之統制，載於月旦法學雜誌第173期，2009年9月，頁248~249。

調查評鑑等均屬公共任務之範疇與「公權力委託」固屬有間，其介入公權力行使之程度不若公權力委託之深，依「舉重以明輕」之法理⁴⁴，只要符合法律保留，自無禁止之理由。

⁴⁴ 有關舉重明輕之說明，參李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009年10月，頁241～244。

第四章 機關外聘委員類型化之分析與建構

第一節 前言

專家學者參與公共事務依其參與之內容而有不同之功能、任務與職掌，欲研究機關外聘委員之法律地位首先應從實證之角度探尋散見於各法制之規範。以我國為例，機關內設置之委員會類型不一類量極多，如何透過不同的角度加以分析歸納使之能有一致之觀察視野實為首要工作，而方法之一即為類型化。

經由類型化，吾人可將散亂獨立的個別規範予以歸納、一般化並尋繹其形成一般法規範之可能性，蓋類型化亦為適用法律的過程，個案事實經由類型化，才能經由比對找到「適用之相同或適當的法規範」採用類型化應該是法制化的必然結果¹，對於目前散見於各法令之遴聘辦法或組織法中之專家學者介入國家或地方行政事務之現象，類型化不失為一種思考方法，但此之類型化並非全面類型化，而係適當之分類。

從比較法（英國與日本）的角度，依筆者審閱之文獻，在討論專家學者介入國家之委員會時，彼邦學者從不同的角度而有不同之分類，以英國為例係採功能任務之類型化，而日本則有從實務運作及法律效果面加以分類者。

反觀我國，雖有委員會運作與功能面之批判與檢討，卻少見有針對我國法規範作全面的分析歸納，故本章之研究重點在於如何匯整比較法之見解提出分類標準，並就我國外聘委員之參與建構其類型化之基準。

¹ 林子儀，言論自由導論，收於李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，台北，元照，2002年12月初版1刷，頁141。

第二節 分類標準

機關外聘委員所參與之委員會大都會依其「任務功能」在「委員會」前面冠上委員會之名稱，例如「○○調查委員會」、「○○諮詢委員會」、「○○審議委員會」、「○○甄審(或評選委員會)」、「○○鑑定委員會」、「○○監督委員會」，而諮詢、審議、調查、甄審(或評選)鑑定監督等即代表委員會之功能，但學界亦有從委員會與行政機關之關係而發展出委員會之決定是否直接拘束人民之權利而有不同之分類²，是故在進行委員(或委員會)之類型化時，宜先說明分類之標準。

本文將從比較法之觀察(尤其不同學門之間)、功能任務取向、意思內容是否具有法效性、組織型態取向、任期制與個案遴聘以及專職委員與兼職委員合議型等不同面向來探討外聘委員之類型化。

第一項 比較法之視野觀察

第一款 英國

西元 1955 年由牛津大學(Oxford)出版，魏亞(K.C.WHEARE)在委員會治理的政府(Government By Commission)一書中描述委員會運作的七個特色，並將委員會分為七類，即諮詢委員會(Commissions to Advise)、調查委員會(Commissions to Inquire)、協調委員會(Commissions to Negotiate)、立法委員會(Commissions to Legislate)、執行委員會(Commissions to Adminster)、審議與管制委員會(Commissions to scrutinize and contral)³；並針對各該委員會之成員所產生的問題加以分析，此係從委員的運作功能將之「類型化」，隨後Gerald Rhodes 所著“Committees of Inquire”一書中，係針對調查委員會做更深入之描述，並接續在魏亞的研究基礎上僅就調查委員會做深入探討，其內容包括調查委員會的重要性、委員會的型態(Types of Committee)、委員會的目的

² 塩野宏，行政法Ⅲ〔第3版〕，行政組織法，有斐閣，2008年12月，頁73。

³ 本書雖為久遠，但在我國，國立政治大學圖書館仍可借閱到本書，國內最早引用本書者，陳志華，內政財政經濟交通四專設委員會的組織與運作，國立台灣大學政治學研究所博士論文(1987年6月)，頁92。

(Purpose)、成員 (membership)、委員會之報告及結論、調查委員會與政策作成 (Policy-making) 以及英國調查委員會的角色⁴ (The Role of Committees of Inquiry in British Government)。

第二款 日本

日本與我國相同⁵，行政組織的特色之一即是大量的「審議會」⁶（相當於我國委員會）做為其「附屬機關」，依據日本國家行政組織法第 3 條 2 項及 3 項規定：「國家行政機關之組織分為府、省（按省等同於我國之部會，以下同）委員會及廳，其設置及廢止分別以法律定之；府及省為設於內閣統之下掌理事務之行政機關，委員會及廳為府或省之分支機關，在必要時得以法律明定國務大臣得以出任委員會與廳之首長」及同法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關在法律規定其職掌範圍內，依法律或行政命令規定」對重要事項之調查審議，不服審查及有學識經驗者等，所提出合議之處理，得設置合議制機關」⁷。

日本學者在研究審議會及其成員（委員）時，法律學者及公共行政與政治學者的觀察面向並不相同，日本東京大學森田朗教授以其親身參與諸多審議會之運作而著有「會議の政治學」在該書中，他從委員的性格中分析出幾種典型的委員行為模式，包括委員之類型為：(1)重視均衡型；(2)自我主張型；(3)自我顯示時；(4)專注領域型；(5)追求理念型；(6)無關心型；(7)行使拒絕權等七種類型⁸。

另外，日本行政法學者塩野宏教授從法律的角度將審議會（委員）分為：(1)政策提案型；(2)不服審查型以及(3)案件處理型之委員會（委員）⁹，但氏亦承認上述分類並非「排他性」的硬性分類，有可能同一審議會兼具上述二種類型

⁴ 本書筆者曾於 2008 年 7 月在英國巴斯大學 (University of Bath) 查閱到本書，出版於 1975 年。

⁵ 我國於行政院之下有許多「合議制之委員會」其為「機關」，如公平交易委員會、國家通訊傳播委員會、勞工委員會……等以「委員會」名稱，但於行政機關內部大都為任務編組或內部單位亦以「委員會」名稱，此之委員會與合議制機關性質之委員會並不相同（如前述），相較於此，日本大都用「審議會」名稱。

⁶ 日本的審議會在 2000 年以前國家機關審議會總數就有 211~277 之間；平成 11 年改革後其總數在 104~108 之間請參日本の行政 2009，行政管理研究センター，2008 年，頁 11。

⁷ 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕行政組織法，（有斐閣，2008 年），第 3 版第 5 刷，頁 76。

⁸ 森田朗，會議の政治學，慈學書選，2005 年，頁 20~24。

⁹ 關於比較上進一步說明，將於第八章詳加論述。

¹⁰，例如日本食品安全審議會同時兼具「政策提案型」與「案件處理型」審議會；電波監理審議會同時為「不服審查型」與「案件處理型」之審議會。

第二項 功能任務取向

功能任務取向之優點在於從外觀上之名稱即可一目了然，事實上，公共事務繁雜不一，而引進專家學者所扮演的角色亦不相同，審議型之外聘委員以案件處理過程中對於新興事務，如環保公害、食品衛生、電波輻射等危害，傳統之組織人力、專門知識、技能均不足以應付現代危險所造成之損害，甚至在面對風險之預測時，官僚組織亟需專門知識者的協助，故於審議過程中引進專家學者有助於行政目的之達成；又如現代紛爭、傳統法院固然有程序公正、獨立及嚴謹之優點，但是卻無法迅速有效率地回應人民的需要，於是紛爭裁決型之委員亦加入紛爭裁決之任務¹¹。此外，調查與鑑定型委員，也在國家意思決定前提供行政機關在事實認定上更精確之判斷。再者，國家政策之擬定或個案處理之諮詢亦需要專家學者的協助，而有所謂諮詢委員¹²，故從功能任務角度，其成員可分為諮詢委員、審議委員、爭議裁決委員、調解委員、鑑定委員與調查委員而在國家意思決定中發揮不同的任務與功能¹³。

第三項 意見內容是否具有法效性（或拘束力）

委員會是由構成員（委員）所集合而成，其決定是否具有法效性抑或僅為內部交換意見亦可做為類型之標準。在我國，行政機關對外意見表示並以首長名義為之始具有行政處分之效力。若委員會內部討論意見僅係供首長諮詢參考之用，則不具備法的拘束力。但通常法制上也會有模糊的空間，亦即作成決定前須經委員會同意，但最後首長亦能改變該內容，其實若於各別法制上能落實貫徹，以意思表示之法效性做區分之標準，應可使委員會之分類更清楚。

¹⁰ 塩野宏，前掲書（註7），頁76～77。

¹¹ Andrew Leggatt, *Tribunals for Users*, 5 (2001); Wade & Forsyth, *Administrative Law*, 908～909 (2004)。

¹² Peter Leyland & Gordon Anthony, *Administrative Law*, 108～109 (2009)。

¹³ 日本的審議會名稱也有稱之為「協議會」「調查會」「委員會」「會議」等名稱，亦寓含有功能之意味，西川明子，審議會等・私人諮詢機關の現状と論點，載於レファレンス，平成19年5月號（2007年5月），頁60。

第四項 組織型態取向

我國行政機關與內部單位之區別在於組織法規、編制、預算以及可否對外行文，諸多名稱為「委員會」者，有的為行政機關（尤其是合議制的行政機關，如通傳會、金管會），但在行政機關內部（不論為國家機關或行政機關）有無數以委員會為名義者，其做為行政機關「任務編組」的內部單位，從實務上看來，這些組織之定位非無爭議，例如衛生署下之全民健康保險審議委員會為「行政機關」但「都市計畫審議委員會」則為「內部單位」。

於行政院下設立之「公民投票審議委員」的機關屬性與位階之界定亦非無爭議，大法官認為系爭委員會並非行政機關，在司法院解釋第 645 號之理由書指出，該審議委員會性質上屬行政權之一環，而且依公民投票法之規定係設置於行政院內，對全國性公民投票提案成立與否具有實質決定權限，對外則以行政院名義作成行政處分，行政院對該委員會所為之決定並無審查權，從而屬於行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款所稱「參與行政處分作成之委員會¹⁴」。

惟有學者認為，一般行政機關的特定委員會，只要其在法律上被賦予管轄權與決行權，則自然得以自己名義而決行有行政機關之地位¹⁵，公民投票法第 34 條「行政院應設全國性公民投票審議委員會審議下列事項...」已經明文賦予「行政機關地位¹⁶」。因之，雖同為委員會之名稱仍有因型態不同之分類。

第五項 參與時間之性質

外聘委員之參與，依其參與時間之性質約略可分為，任期制與個案遴聘之外聘委員。從比較法的角度，日本審議會委員之參與有任期制，而任期制又有二年或三年不等。例如國民生活審議會關稅等不服審查會藥事、食品衛生審議會之委員其任期為二年¹⁷；資訊公開、個人資訊保護審查會、運輸審議會之委員其任期為三年¹⁸。

¹⁴ 司法院解釋 645 號理由書。

¹⁵ 黃錦堂，行政組織法，收於翁岳生主編行政法（上），台北，元照，2006 年，頁 286。

¹⁶ 黃錦堂，大法官釋字第 645 號解釋評論，台灣本土法學第 109 期，2008 年 8 月，頁 251～252。

¹⁷ 審議會總覽（平成 20 年），行政管理研究センター，2008 年，頁 2、172、249。

¹⁸ 同前註，頁 50、383。

而我國外聘委員之參與亦有任期制與個案參與之分，有任期制者例如，環境影響評估之委員，任期二年¹⁹；各機關訴願委員會委員任期二年²⁰；勞工退休監理委員任期三年²¹。

另亦為個案遴聘，案件結束旋即解散者，例如主辦機關為個案遴聘、案件結束旋即解散者，例如主辦機關為審核政府規劃之民間參與公共建設申請案，就個案成立甄審委員會、甄審會應於公告徵求民間參與前成立，並於完成甄審事宜且無待處理事項後解散²²；另採購評選委員會組織準則第 3 條第 1 項亦有相同規定，因此公共工程之甄審委員及政府採購評選委員均為個案遴聘並於完成甄審採購事宜即解散，此外若針對臨時性突發個案而成立之調查委員會或鑑定委員之委員亦屬之。

第六項 專職委員與兼職委員合議組成

外聘委員參與國家公共事務其為「無給職」之兼任委員與一般合議制之專任委員不同已如前述。但在我國法制下，有二個機關之成員（委員）值得加以觀察，一為考試院公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會），另一為中央選舉委員會（下稱中選會）。

一般而言，若為合議制機關其成員（委員）為專任有給並有任期；但較為特殊者如保訓會之委員，依公務人員保障暨培訓委員會組織法第 4 條規定：「本會置委員十人至十四人，其中五人至七人專任，職務比照簡任第十三職等，由考試院院長提請總統任命之；餘五人至七人兼任，由考試院院長聘兼之；任期均為三年，任滿得連任。但兼任委員為有關機關副首長者，其任期隨職務異動而更易。前項專任委員具有同一黨籍者，不超過其總額二分之一。」故保訓會之委員有專任與兼任之委員之分；另中央選舉委員會雖其為獨立機關，但依中央選舉委員會組織法第 3 條規定：「本會置委員九人至十一人，其中一人為主任委員，特任，對外代表本會；一人為副主任委員，職務比照簡任第十四職等；

¹⁹ 環境影響評估法第 3 條第 2 項。

²⁰ 行政院及各級行政機關訴願審議委員會組織規程第 4 條雖未規定任期，惟實務大多以二年為一任。

²¹ 勞工退休金監理組織法第 5 條。

²² 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法修正條文第 2 條。

其餘委員七人至九人。本會委員應遴選具有法政相關學識、經驗之公正人士擔任。委員中同一黨籍者，不得超過委員總數三分之一。本會委員除主任委員、副主任委員外，餘為無給職。」故中選會之委員，除主任委員及副主任委員外，其餘之委員為無給職；另外在 2007 年立法之勞工退休金監理會依勞工退休基金監理會組織法第 4 條之規定亦有專任與兼任委員合議組成²³。

第三節 我國外聘委員之類型化分析與建構

要對專家學者參與公共事務之法律地位進一步瞭解，首要工作為法制之整備，本節將從我國現行法令制度，透過不同角度加以觀察並將之類型化，經由類型化，將散見於各別法規予以歸納，並尋繹性質之類型加以研究，並就相關爭議問題提出檢討與評述。

第一項 諮詢委員

諮詢委員 (Advisory commissioner) 係作為中央或地方機關請益之對象，提供專業及學識作為決策或個案解決參考²⁴之專家學者，委員會之成員因諮詢之事項而有不同，有為「政策諮詢」例如財政部為調降贈與稅或鬆綁租稅法規而聘請的「賦稅改革委員」；內政部宗教諮詢委員會對於登記在宗教團體名義下之非商業或營利目的之建物及土地，一律免徵房屋稅及地價稅修法之政策建議。又如「法令解釋之諮詢」行政機關於認定事實適用法規之際，常會遇到法規在制定、適用解釋發生疑義，此時主管機關為順利行政業務之推動，亦設

²³ 本會置委員二十一人，除主任委員一人，副主任委員一人依法任用外；其餘委員由勞委會遴聘之，其名額分配如下：一、全國性勞工團體推薦六人。二、全國性雇主團體推薦一人。三、行政院金融監督管理委員會、財政部各推薦一人。四、學者專家十人，其中三人由勞委會推薦，五人由全國性勞工團體推薦，二人由全國性雇主團體推薦。主任委員，綜理會務，職務列簡任第十三職等；副主任委員，襄理會務，職務列簡任第十二職等。」；同法第 5 條：「本會除主任委員及副主任委員外，委員聘期三年，期滿得續聘之，續聘人數應達總人數之三分之一以上，不超過總人數之三分之二。代表機關或團體出任者，應隨其本職異動而更替。委員出缺時，應由原推薦團體或機關推薦，並依第 4 條遴聘之。其繼任人員之聘期至原任人員聘期屆滿之日為止。本會除主任委員、副主任委員外，其餘委員為無給職。」

²⁴ Richard.A.Chapman, The Role of Commissions in policy making, P174~175, George Allen & Unwin 1973 (U.K.)。

有法規諮詢委員會聘請專家學者作為「諮詢委員」，如法務部之行政程序法及行政罰法諮詢委員；另有「個案意見之諮詢」如主管教育行政機關為審議私立學校之籌設、停辦、解散、遷校、重大獎助、董事會發生缺失情形之處置及其他重大事項，得遴聘學者專家、私立學校代表、社會人士及有關機關代表組成私立學校諮詢委員會，提供諮詢意見²⁵，茲細分述如次：

第一款 政策之諮詢

諮詢委員提供相關之諮詢與建議，雖不具有法定的約束力，但委員的專業性和權威對社會、政治具有重大的影響，所以常會被用來作為實質政策立案的方向²⁶，常成為政策並進一步有形法制之可能，不論係新制定法律或修正不合時宜之法律，諮詢委員都扮演舉足輕重的角度，以總統府為例²⁷，專家學者參與之較著名的政策諮詢委員會即有總統府人權諮詢委員會，經濟發展諮詢委員會及政府改造委員會等。

一、總統府人權諮詢委員會

人權諮詢委員會雖然係適時提供總統相關之人權法制現況、政策及教育之諮詢與建議，然對某些危及人權之事項常有強烈之建議，以換發身分證印捺指紋一案為例，內政部以戶籍法第 8 條規定，民國 94 年 7 月 1 日將全面換發國民身分證，達到全民指紋建檔。總統府人權諮詢委員會強烈反對「全面換發國民身分證捺錄指紋」。人權諮詢委員會意見書提出的意見包括，第一，強制捺指紋並錄存規定，引發違憲疑慮；第二，戶籍法第 8 條解釋，引發憲法疑慮；第三，指紋按捺、錄存有危險性。人權諮詢委員會建議的兩大解決方案是：第一，由相關單位提出釋憲案；第二，在確認戶籍法第 8 條是否違憲之前，行政機關實行此法律，不應擴充範圍²⁸。

²⁵ 私立學校法第 5 條。

²⁶ 西川明子，審議會等・私人諮詢機關の現状と論點，載於レファレンス，平成 19 年 5 月號（2007 年 5 月），頁 58。

²⁷ 當然，政策性之諮詢委員會不限於總統府，於各部會亦有設立，例如，行政院大陸委員會（以下簡稱陸委會）亦設有顧問、諮詢委員，陸委會因業務需要，得遴聘學者、專家為顧問或諮詢委員。目前遴聘之顧問有 4 人，諮詢委員有 22 人。顧問列席本會委員會議；本會並每月召開諮詢委員會議。諮詢委員會議，以反映民意及徵詢各界對大陸政策及大陸工作的意見為主，原則上每月召開一次。參行政院大陸委員會網站，<http://www.mac.gov.tw>。

²⁸ 大紀元動態網，總統府人權諮詢委員會反對換發身分證捺錄指紋，<http://www.dajiyuan.com>，2005 年 5 月 17 日。

本案終經大法官解釋 603 號宣告戶籍法第 8 條第 2 項、第 3 項強制人民按捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證之規定違憲。本案是否因總統府人權諮詢委員會之建議而影響大法官心證，雖不得而知，但諮詢委員會適時提出建議對於國家人權事務不可說無足輕重。然而「人權諮詢委員」之設置與參與政策之運件，亦常遭致以下之批判²⁹：

首先，成立新興而於法無據的諮詢委員會³⁰，以人權諮詢委員會言從實際運作的經驗而言，由副總統召集³¹，副總統於憲政上僅係備位，本無實權，經常越過行政層級要求行政官員列席會議，官員並要求報告乃至允諾執行或自己合指示，此舉嚴重破壞行政權分立及層級。

其次，諮詢委員之任務通常是「諮詢」與「建議」，然所謂的建議已經非常具體，甚至達到具體規劃時程，此種建議已非單純的建議，亦有可能成為決策性的指示，以台灣法學改革教育為例，人權委員會本身就是非法定的組織，人權諮詢委員會規劃法學教育改革，似乎使得總統府成立的諮詢委員會可以漫無限制，涵蓋所有的政策。人權與法學教育不能說完全無關，但人權諮詢委員會來管法學教育也是名不正言不順，法學教育確實要改革，但必須由合理合法的管道和程序來推動。假借總統成立的非法定組織來推動法學教育改革就是紊亂行政組織體系³²。

總統府人權諮詢委員會之所以遭到批判係因其已入實質行政政策之運作，然其法源仍以「設置要點」之方式並不妥當，所幸該設置要點已於民國 95 年 5 月 19 日廢止。再者，設立國家人權委員會之目的，應該是抑制政府侵犯人權之情狀，而非政府權力之擴張。

第一目 經濟發展諮詢委員會

經濟發展諮詢委員會之諮詢委員依擴大參與層面，並兼顧代表性、專業性及均衡性之原則遴選產生。諮詢委員人數定為一二〇人，三十五名籌備委員是

²⁹ 瞿海源學術資訊網，<http://www.ios.sinica.edu.tw>，造訪日期 2006 年 9 月 8 日。

³⁰ 以設置要點之方式是否符合組織法律保留尚須進一步探究，蓋其非法律亦非法規命令，在法性質上僅係定性成行政規則，參行政程序法第 159 條第 2 項第 1 款。

³¹ 人權諮詢委員會設置要點第 4 條規定：「本委員會置主任委員一人，由副總統擔任之，並得置副主任委員一至二人；各組置正副召集人各一人。」（已於 95 年 5 月 19 日廢止）

³² 瞿海源，學術資訊網，（同註 29）。

當然委員，其餘分配為：政黨推派政黨代表及國會化表二十四人；行政院推薦行政人員代表十六人；學者、專學、產業界及勞工代表三十五人，由籌備委員各推薦一人；總統遴聘十人³³。關於經發會的共識結論，則交由行政院相關部門作為政策推動並配合相關法律制度與修訂，此種諮詢委員之功能雖然已含蓋社會各階級也包括專家學者，係典型諮詢委員之功能即「諮詢與建議」性質。值得一提者係「經濟發展諮詢委員會」與前述「人權諮詢委員會」不同，其無法源依據採任務編組方式。

第一目 政府改造委員會

為加速完成政府改造工程，提升國家整體競爭力，依據經濟發展諮詢委員會會議共同意見，特於總統府設立「政府改造委員會」，適時提供總統相關之諮詢與建議。其成員亦包括專家學者，政府改造委員會之諮詢委員主要是適時提供總統相關之諮詢與建議，然而其所參與之改造事項可能含蓋所有國家重要的制度與政府，諸如，如何調整選舉、期次、減少選舉次數、提升政府效能；有關行政組織改造之目標與原則，行政院組織調整方案，中央政府機關組織基準法草案及中央政府機關總員額法草案、立法委員延長四年之建議，修憲時期，有關地方自治層級改造方案.....等³⁴。

第三目 對政策諮詢委員之檢討與評述

一、法制規範不一致

綜觀政策性之諮詢委員性質，吾人發現幾項特色。首先，法源之依據並不一致，有組織法之依據者，諸如總統府之資政、國策顧問及戰略顧問（參總統府組織法第 15 條及第 16 條）；有以組織要點即行政規則方式成立者，如人權諮詢委員會及政府改造委員會；有僅係以任務編組之方式，甚至連法源依據也沒有，可見政策諮詢委員通常並不會發生法律效力，故採較寬鬆之模式，是否妥當尚有進一步討論的空間。

³³ 中華民國（台灣）總統府網站，<http://www.president.gov.tw>，造訪日期 2006 年 5 月 13 日。

³⁴ 中華民國總統府網站，點選政府改造委員會及重要改革事項，<http://www.president.gov.tw>。

二、缺乏民眾之直接參與

政策性諮詢委員其所從事之任務，僅具有諮詢與建議性質。換言之，是否形成政策或形成立法尚待首長作最後決定。然而，政策制定過程中民眾參與扮演極為關鍵的角色，蓋此乃賦予民眾參與表達公共政策意見的機會，其乃源自於民主行政（democratic administration）理念之盛行，而諮詢委員之任務，尤其是政策性諮詢委員對政策之形成，是一種由上而上（top-down）、層層節制（hierarchical）和資訊不對等（information-asymmetrical）的決策模式，對此公共行政學者³⁵認為專家決策模式常利用其擁有的專業權威及科技方法掌控社會分配，對人性尊嚴造成傷害。再者，專家參與過程是封閉的，一般民眾無法表達對該政策的看法及意見，此非專家真正民意的展現僅淪為橡皮圖章或樣板。此外，政策之決定從多方面的資訊，行政官員有時為讓政策順利推行，常會找專家背書造成責任的不明確，而成為行政官員卸責之最佳藉口³⁶。

三、榮譽職不應有俸給

政策諮詢委員大都是個案且非常態，對於薪俸與常任文官顯然不同，我國總統府組織法第 15 條³⁷及第 16 條³⁸對於資政、國策顧問及戰略顧問却將之分為有給職與無給職，但對於此種「榮譽職」竟仍有俸給，除了政治酬庸之理由外，吾人尚難思考有何種理由須由政府支付俸給，對此種不合理之規定似應予以刪除，以符合社會正義。

四、作為行政的保護傘

政策諮詢委員在我國中央部會數量極多³⁹，但其大都屬於幕僚性質，亦即僅為政策提供意見或諮詢，却常成為行政首長推諉卸責的政治性工具而已，不

³⁵ 林水波，公共政策新論，台北，智勝，2001年3月初版2刷，頁31以下。

³⁶ 在英國，由於專家顧問的使用頻繁亦有批判的聲音，Peter Leyland & Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law (5th edition)，楊偉東譯，英國行政法教科書，北京出版社，2007年7月，頁121~122。

³⁷ 中華民國總統府組織法第15條規定：「總統府置資政、國策顧問，由總統遴聘之，聘期不得逾越總統任期，對國家大計，得向總統提供意見，並備諮詢。前項資政，有給職者不得逾十五人，無給職者不得逾十五人；國策顧問有給職者不得逾三十人，無給職者不得逾六十人。」

³⁸ 中華民國總統府組織法第16條規定：「總統府置戰略顧問十五人，上將，由總統任命之，對於戰略及有關國防事項，得向總統提供意見，並備諮詢。」

³⁹ 例如內政部宗教事務諮詢委員；教育部家庭教育諮詢委員；原子能委員會設施安全諮詢委員；國家通訊傳播委員會；廣播電視節目廣告諮詢委員；經濟部智慧財產局保護智慧財產諮詢委員。

必過度跨大或苛責其功能不彰及影響性，然從法制建構面已言，重點應置於改善及其組織運作之合理性，諸如委員之甄選，委員會之召開資訊公開等事項，同時應定期檢討其存廢是有必要，甚至可思考訂定專法指定專責機構來加以規範，管理這些組織的設置及運作⁴⁰。

第二款 法令解釋之諮詢

行政機關認定事實適用法規之際，常會遇到法規於制定、適用、解釋、修正或廢止時，呈現內容不明或疑義之現象，此時主管機關為順利行政業務之推展，亦設有法規委員會或諮詢小組作為因應，茲舉例說明如次：

第一目 行政院及各部會法規委員

行政院為處理法制事務，依行政院組織法第 14 條之規定設立法規委員會，掌理事項之一即為「關於法規疑義之研議闡釋事項」(參行政法法規委員會組織規程第 2 條第 2 款) 其中置主任委員一人、專任、委員九至十一人，派兼或聘兼(同組織條例第 4 條)，其中派兼或聘兼之委員即由專家學者出任。而就法規闡釋之結果作為各行政機關執行該法規之依據參考，然實務運作結果通常下級機關大都以該函釋結果作為執行該管業務之依據。

第二目 法務部行政程序法及行政罰法諮詢委員

法務部為順利推定行政罰法並解釋中央及地方機關於適用可能遭遇之各種疑義，成立法務部行政罰法諮詢小組⁴¹。小組置召集人一人，由部長指定次長一人兼任之，置委員十三至十九人，除召集人、本部首席參事及業務主管法律事務司司長為當然委員外，其餘委員就行政罰法及相關行政法領域有研究之學者專家、實務人士或就本部相關業務同仁聘任或派兼之。本小組委員之任期二年，期滿得續聘(派)之。因故不能執行職務或本職異動時，應予解聘。本小組必要時得視議題需要，邀請學者、專家或相關機關代表出(列)席。本小組召集人、委員均為無給職。

⁴⁰ 許慶復主持研究，行政組織與功能之研究(研考會委託研究)，1994年，頁86~87。

⁴¹ 法務部行政罰法諮詢小組設置要點第1、2、3、6、7條(2005年9月20日修正)。

第三目 對法令諮詢委員之檢討與評述

一、法令諮詢委員所作解釋效力如何

法規諮詢小組所為法律之解釋其效力為何？雖然設置要點僅規定釋疑，然於真正案件之適用上各機關大都依循法務部之解釋，對人民權利影響甚鉅。以公元 2001 年 1 月 1 日施行之行政程序法為例，諮詢小組所作之解釋甚至成為法官審判之參考，然法令諮詢小組之地位（位階）畢竟不能和司法院大法官相比，大法官具有解釋憲法與統一解釋法令之法定職權，其職權來自憲法及司法院大法官審理案件法，大法官對憲法所作抽象解釋，其效力與憲法條文本相同，其對法令統一之解釋亦有「拘束全國各機關及人民之效力」各機關處理有關事項應依解釋意旨為之，故大法官之解釋其性質具有與憲法法律命令同等之法源地地位⁴²；而「行政罰法諮詢小組」係以「設置要點」之方式，亦即內部行政規則之方式，所幸在法令解釋之權威上，諮詢小組所為之解釋在司法審查之救濟上人民亦可加以運用，是故對人民權利尚不致造成太大影響，反而在新法施行伊始，能提供行政機關較為一致之見解，在行政效率之提昇上自有一定之助益，然其效力畢竟僅以提供意見或諮詢方式視之，此等不具法律效力僅具參考、建議之效力自明。

二、大法官或法官可否成為法令諮詢委員

法官之地位與身分獲憲法之保障，其中 80 條規定：「法官須超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」法官尤於地位特殊且其職務具有獨立性，相對地與一般人有所不同，如法官可否加入政黨即是一例⁴³，本文所關懷者係我國實務上曾有法官擔任法令諮詢委員者⁴⁴，乍看之下似乎理所當然。不過，法官於個案審判上固應依據法律獨立審判，不受任何干涉，但可否（或是否妥當）擔任法規諮詢委員？不無疑義。持肯定理由者或謂法官本為法律專家其所為法規之諮詢可供各方參考並無不妥；惟持否定看法者或謂，法官之判決應形諸於判決書中，若針對法律預先作抽象之解釋並表示其見解，恐會有法規心證

⁴² 吳庚，行政法理論與實用（10 版），作者自版，2007 年，頁 55～56。

⁴³ 陳新民，憲法學釋論，作者自版，2005 年 8 月修訂 5 版，頁 627。

⁴⁴ 實務上甚至有地方法院法官受聘擔任行政機關之國家賠償事件處理審議委員會之委員，筆者檢視日本審議會成員並未有發現法官擔任審議會委員者。

公開之缺點，對於上述不同見解本文較傾向否定見解，否則若當事人以法官之意見於具體個案中主張，若法官為不同之論斷，恐會違反「禁反言」原則。

第三款 個案意見之諮詢

第一目 我國個案諮詢之現狀

諮詢委員除了上述政策諮詢及法令解釋諮詢外，還有一種即是針對個案提供諮詢意見。舉例言之，法人或學校主管機關為審議私立學校之籌設、停辦、解散、遷校、重大獎助、董事會發生缺失情形之處置及其他重大事項，得遴聘學者專家、私立學校代表、社會人士及有關機關代表組成私立學校諮詢委員會，提供諮詢意見⁴⁵，因之，各級主管教育行政機關為審議私立學校相關事宜，得設私立學校諮詢委員會。此類諮詢委員係針對私立學校於營運時有重大事故發生，而對個案之解決提供意見，雖然對於各級教育行政機關並無法律拘束力，然因該成員大都為教育及法律專家，一般而言，其意見主管機關大都予以尊重。

此外，針對政府採購案件申訴，申訴會於審議時得按事件需要，選任諮詢委員一人至三人，以備諮詢⁴⁶，同時，申訴會於審議時，得囑託具有專門知識之機關、學校、團體或人員鑑定，並得邀請學者、專家或相關人士到場說明，或請機關、廠商提供相關文件、資料。此類諮詢委員亦屬針對個案提供意見及諮詢，以供個案決定時之參考。

又如隨著國民文化意識高漲，對於文化資產如古蹟、遺址、文化景觀、歷史建築及聚落之保護均有高度的「專業參與」相關法令中亦設有審議委員會⁴⁷，審議委員會為審議有關案件之需要，得推派委員偕同業務有關人員組成專案小組現場勘查或訪查，並研擬意見，提供會議參考。前項專案小組，得邀請專家學者及有關機關代表提供諮詢意見⁴⁸。

⁴⁵ 私立學校法第 5 條。

⁴⁶ 採購申訴審議規則第 14、16 條。

⁴⁷ 文化資產保存法施行細則第 27 條；文化資產審議委員會組織準則第 2 條、第 3 條、第 9 條；古蹟歷史建築及聚落審議委員會設置要點第 2 條、第 3 條、第 7 條及第 9 條。

⁴⁸ 文化資產審議委員會組織準則第 9 條；對於專家委員會中得邀請「專家」的作法，筆者持反對態度，蓋委員會本具專業性，於專業之中又形成專業，意見不一致時因為求週延，但將造成效率之延宕或推諉卸責，晚近專業委員會中又有專家提供意見者之立法例不少，此或許是國人「事緩則圓」之心態反照。

第二目 對個案意見諮詢之檢討與評述

一、個案諮詢之效力

以對於個案文化資產之認定為例，委員會是否有拘束該機關之效力？從法制上並無任何效力之規定，亦即對於個案僅係具有「諮詢」或「提供意見」之功能。委員會於個案審查時，臨時邀集學者專家及相關行政機關而組成，作成之意見只是供主管機關作為參考，並無作成古蹟指定決定之權限，是否作成指定之行政處分乃由行政機關作最後的決定。審查會議僅為專業的諮詢單位。然而審查會議之決議對文化資產指定沒有拘束力；此種組織架構早為文化界所批評，對專家學者參與重要決策欠缺法律強制規定無異形同虛設。

從行政法學理觀之，此等「專家委員會」所作之決定，司法機關（法院）對行政機關之判斷瑕疵可進行審查，否則仍應予以「尊重其判斷」，然此等委員會所作之決定可否拘束「行政機關」？若將委員會定位為「諮詢性質」則僅係機關作成決定之參考，最後決定權仍歸屬於機關首長，此即涉及委員會之形態，若欲令之發生最終決定效力仍應回歸法律之規定⁴⁹。

二、司法之個案諮詢

相較於行政個案之諮詢，司法院為因應社會快速變遷，新種案件型態愈趨複雜，為協助法官妥適處理案件，以維護社會公平正義，司法院近年積極研擬成立不同類型之專案諮詢小組，以協助法學教育出身的法官能更迅速審理涉及特殊專業知識之案件。司法院最早於 94 年 3 月 16 日成立「法院審理重大金融犯罪案件諮詢小組」。法院審理重大金融犯罪案件諮詢小組係由司法院視各法院辦案法官需求，指派諮詢委員到各法院提供專業上之諮詢協助，小組成立迄今已至各法院提供諮詢協助次數逾百次，充分支援審判重大金融犯罪案件，並協助審理的案件 39 件，已審結者 19 件，占總申請案件數 48.72%，顯見諮詢小組對於協助法院加速審結金融案件已發揮顯著功效。該小組之運作模式及效益促使司法院積極研議成立其他類型專案小組，如工程諮詢小組，以提供法官適時、

⁴⁹ 我國諸多委員會之決定會有實質的決定力，如民間參與公共建設甄審委員會，政府採購之評選委員會；亦有尊重程度較高者，如經濟部智慧財產局在專利審查過程中，委請專家審查或科技專門機構鑑定，多尊重其結果；至若如僅供首長決策參考者，則尊重程度處於相對不穩定之狀態。

有效之辦案資源，提升審判效能⁵⁰。

顯見個案諮詢模式不僅在行政個案決定上，甚至在司法判決亦居於重要之地位，由於此等諮詢委員之「專業與技術」頗受尊重，在個案之決定具有重要之影響力，是否嚴守法律保留原則而非以「設置要點」(即規則)之方式，尙值進一步思考⁵¹。

第四款 小結

外聘委員之類型依其不同委員會之功能而異，其性質以諮詢委員而言，復可分為政策諮詢、法令解釋諮詢及個案意見諮詢等類型，茲以表列小結如次(不以前文舉例為限)：

表 4-1 諮詢委員類型表

		類型化	法令依據
諮詢委員	政策諮詢 (略舉)	人權諮詢委員會	設置要點(已廢)
		經濟發展諮詢委員會	任務編組(無法源)
		政府改造委員會	任務編組(無法源)
		內政部宗教事務諮詢委員會	內政部組織法
		教育部家庭教育委員會	家庭教育法第 6 條第 2 項
		衛生署緊急醫療救護委員會	緊急醫療救濟法第 7 條第 2 項
		勞工委員會諮詢委員會	勞工委員會組織條例第 24 條
		新聞局諮詢委員會	新聞局組織法第 19 條
	法令解釋諮詢型	行政院法規委員會	行政院組織法第 4 條
		法務部行政程序法諮詢小組	法務部行政程序法諮詢小組設置要點
		法務部行政罰法諮詢小組	法務部行政罰法諮詢小組設置要點
	個案意見諮詢型	私立學校諮詢委員會	私立學校法第 5 條
		文化資產審議委員會	文化資產保存條例施行細則第 27 條
		政府採購申訴個案諮詢	採購申訴審議規則第 14 條及第 16 條

製表／作者

⁵⁰ 相關統計資料參專業時代，專業辦案－專案諮詢小組扮智庫，審判效能見提升，載於司法周刊 1304 期，2005 年 9 月 14 日，頁 1。

⁵¹ 諮詢委員於法制上之地位如何是否應由法律加以規定便是一個問題。

第二項 審議委員

如果說諮詢委員是提供行政首長參考建議並無實質決定權，那麼審議委員即是參與案件之實質審理並預為機關作成某種決定⁵²進行實質的審查。審議委員之任務依審議之事務類型而有不同之名稱，日本類似我國的委員會其名稱亦為「審議會」，其成員亦概稱「委員」⁵³。從我國現行法規範觀之，其名稱為「○○審議委員會」者不在少數，其中從審議會之任務職掌又可分為參與機關作成行政處分者、公共事務與費率審議、公共計畫與規劃以及爭議裁決之審議等四種類型，其中爭議裁決審議本文將於次項獨立成另一類型外，有關審議委員之類型化將分以下三種分析並舉我國法制說明如次：

第一款 參與行政處分作成之審議委員

行政機關在作成行政處分時，有時會以合議式的方式遴聘，專家學者加入參與其處分作成之審理，此等委員會並非獨立機關而係在行政程序上執行特定職務的組織，行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款所稱「參與行政處分作成之委員會⁵⁴」，其成員即有外聘委員之加入，此時外聘委員本其專業並以合議制之方式作成實質決定最後由機關首長名義為行政處分。此種類型在我國現行法制為數不少，茲擇實務運作常見者，約略可以再分以下幾種情形：

第一目 行政院公民投票審議委員會委員

一、公民投票審議委員會之組織與運作

全國性公民投票審議委員會之組織係置於行政院內，並非獨立之行政機關，而是在行政程序上執行特定職務之組織，屬行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款所稱「參與行政處分作成之委員會」；依公民投票法第 34 條規定，其職務係就個別全國性公民投票案，審議是否符合規定而得交由人民創制或複決之事項，具有協助人民正當行使創制複決權之功能，性質上屬行政權。因行政掌法

⁵² 此種決定有可能是政策審議或個案決定。

⁵³ 日本的審議會雖然名稱以「審議會」居多，但細察之下仍有「協議會」「審查會」「調查會」「委員會」等不同名稱。西川明子，前揭文（註 13），頁 60。

⁵⁴ 司法院解釋 645 號理由書。

律之執行，執行則有賴人事，是行政權依法就所屬行政機關之具體人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，應享有決定權，為民主法治國家行政權發揮功能所不可或缺之前提要件。該委員會既設於行政院內，並參與行政院作成行政處分之程序，故對該委員會委員之產生，行政院自應享有人事任命決定權。惟有鑑於全國性公民投票審議委員會之功能與一般行政機關須為政策之決定及執行者不同，故其委員之產生並非憲法第 56 條之規範範圍，立法院固非不得參與或以其他方式予以適當之制衡，但其制衡應有界限。

公民投票法第 35 條第 1 項規定：「行政院公民投票審議委員會，置委員二十一人，任期三年，由各政黨依立法院各黨團席次比例推荐，送交主管機關提請總統任命之。」司法院解釋 645 號認為，關於委員之任命，由政黨依立法院各黨團席次之比例獨占人事任命決定權，使行政院院長對於委員之人選完全無從置喙，僅能被動接受提名與送交總統任命，實質上完全剝奪行政院應享有之人事任命決定權，顯已逾越憲法上權力相互制衡之界限，自屬牴觸權力分立原則，而予以宣告違憲。此一解釋後，現行公民投票法第 35 條第 1 項已修正為：「行政院公民投票審議委員會，置委員二十一人，任期三年，由主管機關提請總統任命之。」

二、對公民投票審議委員會決定之檢討與評述

公民投票審議委員會係行政院依法為處理特殊事件而成立之內部單位，主要為審議全國性全民投票事項，為保障審核公正與客觀，委員係由各政黨依立法院各黨團席次比例推薦學者專家組成，對於該委員會之決定，自有一定之尊重。委員會議，由主任委員召集之。開會時應有全體委員過半數之出席始得開議；議案之表決，以出席委員過半數之同意為通過；可否同數時，取決於主席⁵⁵。

對於公民投票審議委員會之決定若不服由於係行政院之行政處分，依訴願法第 4 條第 8 款應向「行政院訴願會」提訴願，但兩個委員會均為行政院轄下的內部單位，由「訴願會」審理「公投會」之決定將造成「專家」遇上「專家」互不相讓之結果，對法治之戕害甚鉅宜通盤檢討專家參與之委員會其相關訴願管轄⁵⁶。

⁵⁵ 公民投票法第 36 條。

⁵⁶ 有學者認為，對於委員會地位之討論有挑戰傳統形式判別基準者，依德國著名行政程序法教科書之詮釋，即使一行政機關中某一特定之委員會，只要其法律上被賦予管轄權與因而之決

本文認為，未來這種具有高度政治或專業決定的機關內部委員會可以思考在作用法上賦予其決定之救濟途徑，以本案為例，立法論上之思考可以在公民投票法上明定；「對於公民投票審議委員會之決定不服者，得逕行提起行政訴訟」。

第二目 民間參與公共工程甄審委員會委員

一、甄審委員之組成

促進民間參與公共建設法第 44 條規定，主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會（I 項）第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會應有二分之一以上為專家學者，甄審過程應公開為之（III 項），同時依第 3 項授權訂定之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」（下稱甄審辦法）第 4 條第 1 項規定，甄審委員會置委員七人至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一；同辦法第 13 條第 1 項、第 5 項規定，綜合評審時，由甄審委員會就資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人，綜合評審結果由甄審委員會報請主辦機關公告之。足見民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關⁵⁷。

二、檢討與評述

甄審委員於甄審過程中係參與行政處分之作成，只不過最後以機關首長名義對外為之，由於此等外聘委員具備豐富的專業知識與技能，尤其是工程、科技方面，主辦機關大都須傾賴他們對工程建設把關或背書，以增加甄審的公正與公平性。因此行政部門在聘任委員時通常會兼聘與行政機關「配合度高」的專家學者，造成「委員之卸用化」，其所產生之問題，不僅公正性遭質疑，甚至

行權限，則自然得以自己名義而為決行有機關係地位，從而，立法者對該單位之定性，從實質而觀之，行政機關若業務量龐大，或承辦業務容易被政治上操作為公平客觀起見或均衡各方代表利益，則立法者並非不得設為機關型態，此乃基於事務本質之考量，亦為各自負責之表現，故學者認為訴願委員會應具有行政機關之地位以確保其職權之順利進行，參黃錦堂，行政組織法基本問題，載於翁岳生編 2006 行政法（上），台北，元照，2006 年，頁 287。

⁵⁷ 最高行政法院 95 年判字 1239 號。

淪落為行政機關背書的橡皮圖章。尤有甚者，甄審委員的設計原在防弊，透過專家參與防止行政機關一手主導，而形成官商勾結之局面。但台灣經驗實踐的結果，卻常發現不法業者透過各種管道買通評審委員，這讓此一良善出發的制度蒙上一層陰影，面對此制度之良窳實有進一步檢討之必要，尤其在遴聘、監督與責任制度方面應更加明確⁵⁸。

第三目 政府採購評選委員會委員

一、政府採購之性質與方式

政府採購事件本質上係私經濟行為，然因政府採購法之規定，我國實務⁵⁹在處理政府採購事件所引發之爭議，將之分為發包階段與履約階段而作不同之分類，政府機關之招標、審標、決標等訂約前之作為執行公權力之行為亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分。

政府採購之方式分為公開招標、選擇性招標及限制性招標⁶⁰，政府採購法所要求進行評選的情形，包括依據第 22 條第 1 項第 9 款與第 10 款（即委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者及辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者）所進行的公開評選，以及依據第 56 條⁶¹所進行的最有利標評審⁶²。為處理政府採購法所要求的此等評選程序，該法要求就個案成立

⁵⁸ 外聘委員之遴選係從主管機關公開於資訊網路之建議名單遴選，但這些肩負重任的委員除了學經歷外，其對公共事務參與度及社會交際網路等均無從得知，甚至常有評審委員重疊的現象，容易讓業者有行賄之機會。其次，在台灣的人情文化中，同學、同事、師生關係應否迴避以及法制應如何強制是值得思考的方向。

⁵⁹ 最高行政法院 93 年 2 月份庭長法官聯席會議(一)。

⁶⁰ 政府採購法第 18 條第 1 項：「採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標。」

⁶¹ 政府採購法第 56 條規定：「決標依第 52 條第 1 項第 3 款規定辦理者，應依招標文件所規定之評審標準，就廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目，作序位或計數之綜合評選，評定最有利標。價格或其與綜合評選項目評分之商數，得做為單獨評選之項目或決標之標準。未列入之項目，不得做為評選之參考。評選結果無法依機關首長或評選委員會過半數之決定，評定最有利標時，得採行協商措施，再作綜合評選，評定最有利標。評定應附理由。綜合評選不得逾三次。

依前項辦理結果，仍無法評定最有利標時，應予廢標。

機關採最有利標決標者，應先報經上級機關核准。最有利標之評選辦法，由主管機關定之。」

⁶² 行政院公共工程委員會，工程企字 09500335000 號函。晚近，行政院公共工程委員會針對最有利標決標案件加強管考，並強化監督評選委員之遴選機制，建置最有利標案管理系統，各機關辦理依政府採購法第 94 條成立採購事件評選委員會者，應優先自上開系統篩選建議名單遴聘專家學者；惟如確屬未能自該建議名單得適當人選得敘明理由，自專家學者資料庫或

評選委員會。政府採購法第 94 條規定：「機關辦理評選，應成立五人至十七人評選委員會，專家學者人數不得少於三分之一，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關建議之。」⁶³評選委員會組織準則及審議規則，由主管機關定之。」⁶³

二、評選委員組成與資格

評選委員會的組成，規定於採購評選委員會組織準則（以下簡稱組織準則）第 4 條，由於評選的專業性、公正性、客觀性、以及確保符合採購法的規定等，至為重要，故該條要求外聘的專門人員作為成員，委員會置委員五人至十七人，就具有與採購案相關專門知識之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於三分之一，委員為無給職。但非由本機關人員兼任者，得依規定支給出席費或交通費。」⁶³第 1 項外聘專家、學者，應自主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關所建立之建議名單遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定。」⁶³前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。」⁶³第 3 項擬外聘專家、學者，應經其同意後，由機關首長聘兼之。」

組織準則除規定評選委員會成員的積極資格（即必須具有專門知識）外，並規定遴選時應避免之事項及消極資格。該準則第 4 條之 1：「機關遴選本委員會委員，不得為特定廠商利益而為遴選。」⁶³機關辦理不同之採購案，應避免遴聘相同之專家、學者擔任委員。但無其他更合適者，不在此限。」⁶³第 5 條：「有下列各款情形之一者，不得遴選為本委員會委員：一、犯貪污或瀆職之罪，經判刑確定者。二、褫奪公權尚未復權者。三、受破產宣告確定尚未復權者。四、專門職業人員已受停止執行業務或撤銷執業執照之處分者。」

三、檢討與評述

於此有一問題值得討論者，依組織準則第 4 條第 2 項規定：「聘請國外專家或學者來台參與評選者，得依規定支付相關規定」如何在行政法上定性此等外國專家有待進一步說明，如果該等專家參與國家事務係諮詢性或技術指導並無問題，蓋其僅具諮詢與提供意見之性質，尚未發生法效性；然甄審委員係親自

另行遴選後報首長或授權人員核定。

⁶³ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定析論，台北，元照，2004 年 10 月 2 版 1 刷，頁 283。

參與評選，其決定（即委員會之決定）可視為行政機關之決定，此時外國專家是否即為公務員？若有收賄或收取不當利益如何將其定位？於公務人員任用法、公務人員服務法、國家賠償法及刑法身分之認定上，容有探討之空間。

第四目 環境影響評估審查委員會委員

為預防及減輕開發行為對環境造成不良影響，藉以達成環境保護之目的，我國為審查對環境影響之開發行為制定有環境影響評估法，對於開發行為，各級主管機關為審查環境影響報告有關事項，應設環境影響評估審查委員會（以下簡稱委員會）⁶⁴。委員任期二年，其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二⁶⁵。目的事業主管機關為開發單位時，茲以行政院環保署環境影響評估委員會說明如次：

一、環評會之組成與任務

環評會置委員二十一人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，有關機關代表五人，由行政院研究發展考核委員會副主任委員、行政院國家科學委員會副主任委員、行政院農業委員會副主任委員、行政院經濟建設委員會副主任委員及行政院公共工程委員會副主任委員兼任；其餘委員十四人，由主任委員就具有環境影響評估相關學術專長及實務經驗之專家學者中聘兼。前項委員任期為二年；其中專家學者委員，續聘得連任一次，每次改聘席次應占該等委員人數二分之一。

環評會任務包括⁶⁶：關於目的事業主管機關轉送環境影響說明書或環境影響評估報告書初稿之審查。關於有影響環境之虞之政府政策環境影響評估事項之審查。關於開發單位所送環境影響調查報告書之審查。參加目的事業主管機關所辦理之現場勘察及聽證會。其他有關環境影響評估事項之建議與審查等事項。

二、環境影響評估之效力

目的事業主管機關於環境影響說明書或評估書未經完成審查或評估書未經

⁶⁴ 環境基本法第 11 條。

⁶⁵ 環境影響評估法第 3 條。

⁶⁶ 行政院環保署環境影響評估審查委員會組織規程第 2 條。

認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者，無效。經主管機關審查認定不應開發者，目的事業主管機關不得為開發行為之許可。但開發單位得另行提出替代方案，重新送主管機關審查。開發單位依前項提出之替代方案，如就原地點重新規劃時，不得與主管機關原審查認定不應開發之理由牴觸⁶⁷。顯見環評審查委員係參與作成行政處分之審議委員。

三、檢討與評述

環境影響評估審查委員會之成立，其中專家學者佔三分之一，須就有環境影響評估相關學術專長及實務經驗之專家中聘兼，其任務負責審查環境影響事項。從組成之分配上，是否真發揮功能或僅淪為「花瓶」？頗值探討。晚近，實務上亦有不少之爭議，最著名者莫過於「中科三期七星農場開發案」⁶⁸，此案緣於中部科學園區為友達光電量身訂作「中科三期七星農場基地」買地開發，至少投入八十四億元，尚不包括為中科籌措水中來源費用，在國家財政吃緊狀況下，曾遭致非議⁶⁹。環保署於 2006 年 6 月 30 日召開環境影響評估審查委員會，就該案中中部科學工業園區第三期基地（后里基地—七星農場部分）進行審查，由於意見分歧，最後採表決法，二十一位環評委員，以十票贊成，八票反對，同意有條件通過環評。由於贊成票中十票官方代表七票，引發部分環評委員不滿，認為從頭至尾未參加環評審議的官方代表，不開會只投票，根本是政府政策的「投票部隊」「鐵票部隊」⁷⁰。關於本案之法律評述將於第七章第三節第二項論述。

面對此等現象，似乎是國家發展中永遠難解的習題，即經濟與環保何者優先，雖然憲法增修條文明文規定經濟與環保兼籌並顧⁷¹，但在行政事務之參與，制度上不管如何設計，總會有失衡之批判。持平而論，我國環境影響評估制度，在民眾專家之參與上相較於其他行政事務可謂更仰賴於專家學者⁷²。甚至有官員

⁶⁷ 環境影響評估法第 14 條。

⁶⁸ 相關資料，參中國時報，2006.7.1，黃筱珮、蔡慧貞、王宗彤／台北報導。中科七星案環評，10 比 8 火爆通過，反開發委員；環評已死拒絕陪玩；台北高等行政法院 96 年度訴字第 1117 號判決；最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決。

⁶⁹ 中國時報，蔡筱珮/特稿，政院的手，不斷伸入環評之中。2006 年 7 月 1 日。

⁷⁰ 本案於 2010 年經最高行政法院 99 年判字第 30 號判決，撤銷通過之環評案，司法在此發揮審查判斷餘地之功能更詳細分析參本論文第七章之司法監督。

⁷¹ 憲法增修條文第 10 條第 2 項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」。

⁷² 一般，法制上專家學者參與係二分之一，但環評委員，其中專家學者不得少於委員會總人數

批評環境影響評法是政府拚經的絆腳石，在某種程度上亦反映出經濟與環保難以兼籌並顧之窘境。

第二款 公共政策與公共費率審議委員

在審議委員之類型中，尚可分類出對公共政策（事務）之審議以及其公共費率審議兩種，這類型與前述參與個案作成行政處分有所不同，它針對宏觀之政策面而影響所及更甚於個人，而擴及到大多數人，故其所作決定一經公告可形成類似法規命令之效果而及於不特定之人民，茲擇實務運作重要者說明如次：

第一目 公共政策審議委員

公共政策審議委員的任務與諮詢略有不同，在於其參與實質之審議，例如勞工之基本工資究應多少攸關全國數百萬勞工；中小企業政策走向攸關中小企業者；公地放領政策亦與佃農息息相關，由於有關政策決定之審議亦引進專家學者之參與，俾使政策之形成更為周延，茲舉數例如次：

一、基本工資審議委員

依勞動基準法第 21 條規定：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。前項基本工資，由中央主管機關設基本工資審議委員會擬訂後，報請行政院核定之。前項基本工資審議委員會之組織及其審議程序等事項，由中央主管機關另以辦法定之。」又依同法第 3 項勞委會訂有「基本工資審議辦法」該辦法第 2 條規定：「為審議基本工資，由行政院勞工委員會設基本工資審議委員會，置主任委員一人，由行政院勞工委員會主任委員兼任之；委員十七人至二十三人，由行政院勞工委員會就左列人員派（聘）兼之，委員任期二年：一、行政院勞工委員會代表一人。二、經濟部代表一人。三、財政部代表一人。四、行政院經濟建設委員會代表一人。五、行政院主計處代表一人。六、直轄市或縣（市）政府代表二人。七、經濟部加工出口區管理處代表一人。八、勞方代表四人。九、資方代表四人。一〇、專家學者一人至七人。」又該辦法第 6 條規定委員為無給職，但依規定支給出席費或研究費，基本工資審議委員會在審議時應考量同辦法第 4 條之事項：「基本工資審議委員會為審議基本工資，應蒐

三分之二，參環評影響評估法第 3 條之規定。

集左列資料並研究之。一、國家經濟發展狀況。二、躉售物價指數。三、消費者物價指數。四、國民所得與平均每人所得。五、各業勞動生產力及就業狀況。六、各業勞工工資。七、家庭收支調查統計。」，又基本工資經委員審議通過後即報行政院核定公告⁷³。

二、中小企業政策審議委員

行政院為審議中小企業發展政策，得設置中小企業審議委員會⁷⁴，依中小企業政策審議委員會組織規程第 2 條規定：「中小企業政策審議委員會（以下簡稱本會）審議下列事項：一、中小企業經營環境之改善及發展事項。二、中小企業之認定標準事項。三、中小企業之融資與保證事項。四、中小企業之稅制事項。五、中小企業公共採購或公共工程之配合發展事項。六、其他有關中小企業健全發展事項。」又同規程第 3 條：「本會置主任委員一人，委員十九人至二十一人，均由行政院院長聘派之。主任委員，由經濟部部長擔任。委員，就下列人員聘派之：一、當然委員十四人，由經濟部、內政部、財政部、交通部、教育部、國防部、中央銀行、行政院金融監督管理委員會、行政院勞工委員會、行政院環境保護署、行政院經濟建設委員會、行政院公共工程委員會、臺北市政府及高雄市政府之副首長擔任之。二、產業界及學術界代表五人至七人。任期三年，期滿得連任一次。出缺改聘以繼任至原任任期屆滿為止。」

第二目 公共費率審議委員

行政機關為某種費用之徵收，避免因機關片面之決定引發人民之不滿，因而有引進專家學者或特定利益團體參與委員會，其任務為審議公共費率，我國法制上亦不乏其例，茲舉例說明如次：

一、資源回收費率審查委員

資源回收費率審議及其審議之組成，主要係依據「廢棄物清理法」及行政院環保署資源回收費率審議委員會設置辦法，依廢棄物清理法第 15 條規定：「物品或其包裝、容器經食用或使用後，足以產生下列性質之一之一般廢棄物，致有嚴重污染環境之虞者，由該物品或其包裝、容器之製造、輸入或原料之製

⁷³ 基本工資審議辦法第 5 條。

⁷⁴ 中小企業發展條例第 39 條。

造、輸入業者負責回收、清除、處理，並由販賣業者負責回收、清除工作。一、不易清除、處理。二、含長期不易腐化之成分。三、含有害物質之成分。四、具回收再利用之價值。前項物品或其包裝、容器及其應負回收、清除、處理責任之業者範圍，由中央主管機關公告之。」同法第 16 條第 1 項及第 5 項規定：「依前條第 2 項公告之應負回收、清除、處理責任之業者(以下簡稱責任業者)，應向主管機關辦理登記；製造業應按當期營業量，輸入業應按向海關申報進口量，於每期營業稅申報繳納後十五日內，依中央主管機關核定之費率，繳納回收清除處理費，作為資源回收管理基金，並應委託金融機構收支保管；其收支保管及運用辦法，由中央主管機關定之。第一項之費率，由中央主管機關所設之資源回收費率審議委員會依材質、容積、重量、對環境之影響、再利用價值、回收清除處理成本、回收清除處理率、稽徵成本、基金財務狀況、回收獎勵金數額及其他相關因素審議，並送中央主管機關核定公告；資源回收費率審議委員會設置辦法，由中央主管機關定之。」復依行政院環保署資源回收費率審議委員會設置辦法第 2 條及第 3 條規定：「行政院環境保護署資源回收費率審議委員會(以下簡稱本會)任務如下：一、關於經中央主管機關公告應回收清除處理之物品或包裝、容器之回收清除處理費費率(以下簡稱費率)之訂定、計算及調整之審議事項。二、其他有關費率之審議事項。本會置委員十五人，由行政院環境保護署(以下簡稱本署)署長就環境保護團體代表、消費者保護團體代表、學者專家、社會公正人士、政府機關代表、業者代表及本署代表遴聘之，其中環境保護團體代表、消費者保護團體代表及學者專家、社會公正人士代表合計不得少於本會總人數二分之一。委員任期二年，期滿得續聘之。」該委員會並有分設小組。

二、水污染防治費率審查委員

水污染防治費率之審議及組成係依「水污染防治法」及「水污染防治費率審議委員會設置辦法」，依水污染防治法第 11 條第 1 項規定：「中央主管機關對於排放廢(污)水於地面水體之事業、污水下水道系統及家戶，應依其排放之水質水量或依中央主管機關規定之計算方式核定其排放之水質水量，徵收水污染防治費。」同條第 7 項規定，中央主管機關應成立水污染防治費率審議委員會。復依水污染防治費率審議委員會設置辦法第 2 條及第 3 條規定：「水污染防治費率審議委員會(以下簡稱本會)任務如下：一、水污染防治費率訂

定、檢討及調整之審議事項。二、其他有關費率之審議事項。本會置委員十五至二十一人，由行政院環境保護署（以下簡稱本署）署長就環境保護團體代表、學者、專家、社會公正人士、政府機關代表及本署代表遴聘之，其中環境保護團體代表、學者、專家及社會公正人士，不得少於三分之二，且環境保護團體代表不得少於九分之一。前項委員為無給職，委員任期二年，期滿得續聘之，且每次改聘不得超過該等委員人數之二分之一；委員出缺時，其繼任人之任期至原任期屆滿為止。」

第三目 計畫或規劃審議委員

計畫係就未來事務所為之一種事前規劃。而規劃之內容則是將來處理該事務擬採之方法、步驟或措施等。由於行政機關擬處理之未來事務，無非要將來達成一定之行政目的或實現一定之構想，因此，在就行政機關所為計畫，即行政計畫做一般性定義時，應將此目的連同屬於計畫概念內涵之「事前規劃」及「擬採之方法、步驟或措施等」特徵，充分表達⁷⁵。

在計畫過程中有時須仰賴集體行為，亦即經由團體的深謀遠慮共同思考⁷⁶，而成立計畫審議委員會並邀集專家學者及各方利益團體代表組成則為行政機關面對問題的首選，我國法制實務上亦不乏針對未來之設計規劃採委員會之型態者，諸如各級都市計畫審議委員、都市更新審議委員、國家公園計畫委員、工商開發綜合區審議委員以及河川區域劃定審議委員等，茲說明如次：

一、都市計畫審議委員

都市計畫審議及其審議組織之組成，主要是依據「都市計畫法」及「各級都市計畫委員會組織規程」。都市計畫審議組織於都市計畫法第 74 條明訂為「都市計畫委員會」，另組織人員的聘任則是依據上述之組織規程相關條文辦理，其中並規定都市計畫委員會之組織執掌、委員組成方式、聘派限制及審議方式。因而若想探究都市計畫審議制度機制，實可由都市計畫法及各級都市計畫委員會組織規程著手⁷⁷。

⁷⁵ 立法院議案關係文書，院總字 1584 號，1998 年 9 月 29 日，頁 614。

⁷⁶ 彭文賢，委員會的設計與功能，載於中興大學行政學報，第 19 期，1987 年 6 月，頁 78。

⁷⁷ 王光旭，都市計畫審議制度之制度分析－以台中市為例，載於行政暨政策學報，第 41 期，2005 年 12 月，頁 49～50。

以都市計畫審議委員為例，其職掌依各級都市計畫委員會組織規程第 2 條之規定：「都市計畫委員會之職掌如左：一、關於都市計畫擬定變更之審議事項。二、關於舊市區更新計畫之審議事項。三、關於新市區建設計畫之審議事項。四、關於都市計畫申請或建議案件之審議事項。五、關於私人或團體投資辦理都市計畫事業之審議事項。六、現行都市計畫實際施行情形及實施都市計畫財務之研究建議。七、都市計畫現行法令之檢討建議。八、都市計畫公共設施用地取得及多目標使用之研究建議。九、其他有關都市計畫之交議皮研究建議事項。」關於都市計畫委員會的組成，依各級都市計畫委員會組織章程規定⁷⁸，設置主任委員及副主任委員各一人，委員十二人至二十人。又，委員之組成，限定在：一、主管機關或單位首長；二、有關業務機關或單位首長或代表；三、具有專門學術經驗之專家；四、地方熱心公益人士等四類。該規程亦規定專家委員代表之人數不得少於委員總數之二分之一，且由具有相關學術專長及實務經驗之專家學者中聘兼，足見都委會的制度重視都市計畫的專業性考量，並避免都委會遭受相關機關等當然代表之操控，成為行政機關一己將都市計畫規劃草案合法化之工具。在會議的進行上，委員出席過半始得開會，會議採多數決制的決策方式也顯示了都委會審議在制度的設計上符合民主的議事規則⁷⁹。

二、國家公園計畫委員

有關國家公園之選定、變更、廢止以及國家公園計畫等事項之審議及組成主要是依據「國家公園法」及「內政部國家公園計畫委員會設置要點」，國家公園計畫之組織係明定於「國家公園法第 4 條」及「國家公園計畫委員會設置要點」依該要點規定設置「本會委員除主任委員外，其餘委員，由本部部長就下列人員派（聘）兼之：（一）主管業務及其他有關機關之代表。（二）具有土地使用、地質地形、動物、植物、生物多樣性保育、人文等專門學識經驗之專家學者。（三）熱心公益人士。（四）國家公園所轄直轄市副市長、縣（市）長。前項委員名額，其中專家學者不得少於委員總數三分之一，並至少有一人具有原住民身分。」「本會委員任期二年，期滿得續派（聘）之。但代表機關出任者及所轄直轄市副市長、縣（市）長，應隨其本職進退。專家學者委員，續聘以連續二次為限，且每次改聘，不得超過該等委員人數二分之一。委員出缺時，應予補聘；補聘

⁷⁸ 各級都市計畫委員會組織規程第 4 條。

⁷⁹ 王光旭，前揭文（註 77），頁 51。

委員之任期，至原委員任期屆滿之日為止。」在會議之進行上，「本會置執行秘書一人，綜理本會幕僚事務，幹事二人至五人，由本部業務有關人員調兼之。執行秘書得就本會審議案件需協調、釐清事項，召開行政程序審查或諮詢會議，釐清問題與提出建議，提供本會會議討論及審議之參考。」

三、工商綜合區審議委員

工商綜合區之審議及組織係依「工商綜合區設置管理辦法」及「工商綜合區審議委員會設置要點」，依該要點之規定：「工商綜合區審議委員會之職掌為申請開發設置工商綜合區之審議事項，其審議之內容如下：(一)開發計畫可行性之審議事項。(二)與地方協議公平合理性之審議事項。(三)經營管理及財務計畫之審議或修正事項。(四)開發計畫區位使用規劃之審議或修正事項。(五)開發計畫公共設施規劃之審議或修正事項。(六)開發計畫配合環保、交通等規劃之審議或修正事項。(七)其他有關開發計畫之審議或修正事項。(八)其他有關現行法令之檢討建議。」而審議委員依該要點第 4 條：「工商綜合區審議委員會另置委員十五人至十九人，由經濟部就左列人員派聘之，任期為一年，期滿得續聘之。(一)主管業務機關或單位之首長。(二)有關業務機關或單位之首長或代表。(三)具有專門學術經驗之專家。(四)地方熱心公益人士。」在會議之進行上，「工商綜合區審議委員會審議及討論案件，應依會議方式進行，有過半數以上委員之出席始得開會，並經出席委員過半數之同意始得決議，可否同數時，由主席裁決。」

第四款 小結

從上述各類型之審議委員分析可知，雖名為○○審議委員會，然細究之仍可依其任務職掌而有不同之分類包括參與個案行政處分作成之委員，審議公共政策或公用費率之委員以及針對國家或對機關未來發展規劃之計畫委員，茲以表小結如次：

表 4-2 審議委員類型表

		類型化	法令依據
審 議 委 員	參 與 處 分 作 成 型	行政院公民投票審議委員	公民投票法第 35 條第 1 項
		公共工程甄審委員	促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項
		政府採購評選委員	政府採購法第 94 條第 2 項
		環境影響評估審查委員	環境影響評估法第 3 條
	公 共 費 率 審 查 (政 策)	基本工資審議委員	勞動基準法第 21 條第 3 項
		中小企業政策審議委員	中小企業發展條例第 39 條
		資源回收費率審查委員	廢棄物清理法第 16 條第 5 項
		水污染防治費率審查委員	水污染防治法第 11 條第 7 項
	計 畫 與 規 畫 型	都市計畫委員	都市計畫法第 74 條
		國家公園計畫委員	國家公園法第 4 條
		工商綜合區審議委員	工商綜合區開發設置管理辦法第 7 條

製表／作者

第三項 爭議裁決委員

二十世紀以來，由於政黨政治之發達，行政機關於執行任務時，對於私人間之爭議及私人和國家間爭議之案件往往基於本位主義，未能保持行政中立，與公平合理地處理相關事務，尤其事涉機關於人民之紛爭時，機關本身亦屬於當事人，若將案件全部溢流至司法，勢必造成法院龐大的負擔，基此亦引進專家參與制度並有很多「行政委員會」(Administration commission) 的成立⁸⁰，而此等委員會之成立，其目的雖在解決紛爭但與法院不同，通常來自於機關成員與專家學者及民間團體代表共同組成，晚近更有設立處理「準司法」之事務⁸¹，亦即掌握爭議裁決審議事務，在類型上有行政救濟傳統類型如訴願、國家

⁸⁰ 林紀東，行政法，台北，三民，1994 年，頁 148；關於行政委員會這個概念有多層而不同的解讀，許慶復主研研究，行政委員會組織與功能之研究，行政院研考會委託研究案（1994 年 2 月），頁 3 以下。

⁸¹ 南博方，行政法〔第 6 版〕，有斐閣，2009 年 6 版 3 刷，頁 242。

賠償以及藥害救濟與全民健保爭議等；再者有許多國家介入本身或私人間之爭議者，如申訴以及仲裁等制度，而這些因應而生的機制，其中引進專家學者公正人士之參與俾使爭議裁決上能更具有公正性⁸²，茲更就其類型逐次說明相關問題如次：

第一款 行政救濟傳統型

第一目 訴願委員

訴願係行政爭訟制度之一環，本質上仍屬於行政程序，係指人民對機關違法不當之行政處分得向訴願管轄機關提起救濟之一種制度，它具備二個功能：其一，透過行政內部自我審查之程序，檢視行政處分之合目的性及合法性；其二，減輕行政法院之負擔；若訴訟管轄機關對於訴訟案件能夠解決，則當可順利減輕行政法院之案件來源。過去訴願與行政訴訟有密切之關係，然而隨著社會變遷，國家行為多元化，過去以高權單方為主的行政處分，轉而有合作、協力及夥伴關係。透過相互合作間接改變行政行為之方式，從而訴願與行政訴訟間之關係不似過去之密切。在處理訴願事務時由機關高級職員及專家學者、公正人士組成「訴願委員會」是典型之爭議裁決委員會，茲就訴願委員會之組成與運作以及幾個爭議之問題說明如次：

一、訴願委員會之組成與運作

各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之，其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一⁸³。在會議運作上，訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之⁸⁴。訴願審議委員會審議訴願事件，應指定人員製作審議紀錄附卷。委員於審議中所持與決議不同之意見，經其請求者，應列入紀錄。

⁸² 相較於此，日本審議會類型中亦有不服審查型及案件處理型之審議委員，如社會保險審查會、中央建設工事紛爭審查會。塩野宏，行政法Ⅲ、行政組織法，有斐閣，2008年，頁76～77。

⁸³ 訴願法第52條。

⁸⁴ 訴願法第53條。

二、訴願委員會組成之檢討與評述

(一)委員之組成及其適法性

我國實務上行政法院 85 年 1433 號曾有獨立機關公平交易委員會之委員，同時擔任該會訴願委員會委員是否合法之疑義，該號判決略謂：「…至原告訴稱該院公平交易委員會訴願會之組織違法一節，依公平交易法第 28 條前段規定，公平交易委員會依法獨立行使職權，又依公平交易委員會組織條例第 11 條至第 13 條規定，該會委員會具有同一黨籍者，不得超過委員總額二分之一；該會委員之任用，應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗；該會委員須超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權等規定，足見公平交易委員會具有獨立性及專業性，且其合議性之行政組織，羅致專家、學者組成，於具體個案之決定上，亦具有準司法性之特性，是公平交易委員會組設之訴願審議委員會之委員，雖多為公平交易委員會委員兼任，為其亦同時具有專家、學者及社會公正人士身分，參酌該會所具有之獨立性、專業性及準司法性等特性，尙難認為行政院公平交易委員會之訴願會組織與訴願法第 26 條第 1 項規定（編按：現行訴願法第 52 條）抵觸，所訴核不足採，遂駁回其再訴願，揆諸首接法條規則及說明，均無違誤…⁸⁵。

對於本號判決本文持反對見解，公平會固為一合議制機關，然具體個案之決定上，各委員有表示意見之權，對於該結果更是會議之結果，如今竟球員兼裁判，恐有違反公正程序之基本精神，依當時背景對於部會之行政處分仍向部會訴願，惟現訴願法修正管轄機關向上級，此種情形已不復存在。

另最高行政法院 93 年判字 18 號判謂：「其他機關：例如行政院勞工委員會（下稱「勞委會」），其訴願審議委員會之組織，應遵守訴願法第 52 條第 2 項後段「社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一」之規定，否則即屬依法應由合議作成之行政處分，合議機關之組成不合法，則其所作成之行政處分，構成撤銷之原因。

⁸⁵ 本號裁判所持見解，作者持反對見解，蓋迴避制度係公正程序之最基本要求，公平委員會兼該會訴願會委員，不無球員兼裁判之嫌。類似行政程序之迴避判決參台北高等行政法院 89 年度訴字 710 號；最高行政法院 91 年判字 1514 號。

此二號判決並未針對外聘委員之出席是否須超過二分之一，然仍強調其組成須有公正人士、學者、專家不得少於二分之一。

(二)外聘委員於審議訴願案件其出席人數是否應超過二分之一

我國法制上並未規定社會公正人士等外聘委員之出席是否不得少於二分之一？訴願法增設外聘委員（社會公正人士、學者、專家之目的）可以避免機關之本位主義，或藉由專家學者之參與，以達糾正違法或不當處分之目的。從此角度觀之，不僅聘用該等公正人士不得少於二分之一，甚至要求出席之公正人士亦應達二分之一較為妥當。惟訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。依審議規則第 13 條，訴願審議委員會之會議，由主任委員召集，主任委員因故不能召集或出席時，由其指定委員一人代行主席職務。由於訴願委員係基於本身之專業知識及能力，以個人資格參加訴願案件之審議，原屬本機關職員之兼任委員，亦非原任職單位之代表，因此同條明文規定，委員應親自出席，不得由他人代理。從現行規定觀之，似無法要求出席之專家學者公正人士不得少於二分之一。

唯有學者見解認為，從貫徹外聘委員參與之公平性而言，此二分之一外聘之出席應視為強制規定而非訓示規定，若此，無論訴願審議委員會之組織或出席審議之委員中，社會公正人士、學者、專家之人數均不得少於二分之一，否則所作成之訴願決定屬有瑕疵之行政處分，而構成得撤銷之原因⁸⁶。

我國晚近法制之發展，對於外聘委員（社會公正人士、學者、專家）之出席是否亦不得少於二分之一，晚近法制上亦持肯定見解。如依促參法第 44 條第 3 項規定之民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 6 條第 2 項規定：「甄審委員會會議之決議，應有委員總額二分之一出席，出席委員會過半數之同意行之。其中出席委員會不得少於七人。且出席委員中之外聘專家、學者人數不得少於出席委員人數之二分之一。」

從貫徹專家參與之精神觀之，專家學者之參與既為改變機關之本位

⁸⁶ 蔡志方，訴願審議時外聘委員應否過半之研究，收錄氏著「行政救濟與行政法學(五)」，台北，三民，頁 255 以下；湯德宗，論訴願之正當程序，收錄於氏著「行政程序法論」，台北，元照，2000 年 10 月初版，頁 325~326。

主義，故不僅外聘委員之聘任，不得少於二分之一，出席亦應有外聘委員二分之一出席嚴格之規定可資贊同。

第二目 國家賠償審議委員會委員

一、國家賠償委員會之組成與運作

人民對於國家機關（含公務員違法及公共設施）所造成的損害可以請求國家賠償，而法制依據為國家賠償法，但是受理之機關為「國家賠償事件處理委員會」該委員會並非依法律設立而係各機關依「設置要點」之方式為之；同時委員會之委員人數亦不確定⁸⁷，此外在國家賠償事件之審議過程中並未有程序之規定，由於國家賠償委員會之成員有本機關高級職員參加，但是實務運作的結果通常由高級職員指派代理人參加，論者有謂，該委員會性質為「諮詢性質」可以指派代理人，但以筆者親身經驗，代理人甚少發言，於此情形下，本文認為此種代理將構成「組織之不合法」。再者，實務運作上雙方當事人（尤其是受害民眾未能對案件有所陳述），僅由賠償義務機關派員做單方面之陳述，是否有助於紛爭解決，筆者持懷疑態度。

二、關於國家賠償委員會及其成員之檢討與評述

(一)我國法制規範商榷之處

從上述分析可知，我國目前國家賠償事件處理模式，在成員之資格、組成、人數有以下幾點值得商榷⁸⁸：

1. 從各機關國家賠償事件處理小組（或委員會）之成員觀之，我國法制目前仍無統一之規範，本文以為或可以在國家賠償法施行細則中對於不同層級之機關，加以規範人員之組織，否則同樣皆為國家賠償事件，成員之素質及組成某種程度將影響到人民的權利。

2. 成員人數資格未見統一規範：

對於國家賠償事件處理小組（或委員會）之成員資格，並未有統一之

⁸⁷ 對於機關內設「國家賠償事件處理委員會」之地位，傳統國家賠償法之教科書並未深論，廖義男，國家賠償法，1995年增訂4版，1995年5月，頁83；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，頁239。

⁸⁸ 筆者以環保署、國家通訊傳播委員會、高雄市政府、台北縣政府以及台南社教館等國家事件賠償處理要點作為分析之樣本，核先說明。

規定，國家賠償法施行細則第 42 條規定：「各機關應指派法制（務）或熟諳法律人員，承辦國家賠償事務。」但在國家賠償事件成員之類別上有；本機關高級職員、遴選社會公正人士、學者、專家。

關於人數之規定亦見紛雜，如七～九人或十二～十五人或未明文規定，本文認為可依機關之級別即分一、二、三、四級而訂其不同之委員人數⁸⁹。

(二) 委員資格身分之爭議

實務上對於何人可擔任國賠小組成員或委員仍有爭議，茲探討如次：

1. 民意代表可否以專家、學者身分擔任國賠委員

各級民意代表僅公職人員並非公務員，以地方民意代表為例，其法定職權分別規定於地方制度法⁹⁰，主要在監督地方政府之施政包括議決法規、預算、特別課稅、決算之審查報告與行政機關本於「監督」之關係不同。而國家賠償事件之成員以公正人士、學者、專家，應係以民間社會人士介入處理人民與機關之國賠事件，若冒然可由民意代表參與，賠償與否、賠償多少，恐賠償義務機關會屈服於民意代表之壓力之下而無法公正審理，故實務上有市議員不宜擔任國家賠償事件處理委員會委員之函釋⁹¹，此種見解可資贊同。為杜絕解釋上之疑義，似宜參考鄉鎮調解條例第 5 條之規定民意代表不能兼任調解委員之規定。

2. 檢察官可否以專家學者身分擔任國家賠償委員

檢察官係廣義的司法官，其任務與身分特殊，不同於行政官，首先，執行職務之獨立性不同，一般行政官須受上級監督長官指令，法官則不受上級機關指示；檢察官較為特殊者係依法院組織法第 63 條及 64 條之規定，其執行職務應受檢察首長之指揮監督，此即「檢察一

⁸⁹ 中央行政機關組織基準法第 6 條規定：「行政機關名稱定名如下：一、院：一級機關用之。二、部：二級機關用之。三、委員會：二級機關或獨立機關用之。四、署、局：三級機關用之。五、分署、分局：四級機關用之。機關因性質特殊，得另定名稱。」

⁹⁰ 地方制法第 35 條～第 37 條。

⁹¹ 法務部（81）法律字第 05809 號載於國家賠償法令解釋彙編（1993 年 12 月版），第 110～111 頁。

體」；其次，在身分保障亦不相同⁹²，茲進一步分析如次：

(1)檢察官可否擔任檢察機關之國賠委員？

國家賠償法施行細則第 42 條規定各級機關應指派法制或熟諳法律之人員，承辦國家賠償業務，檢察官因法定職務特殊，雖具有法律專長，但因與其法定職務性質不同，故不宜由檢察官擔任國家賠償委員會委員⁹³。

(2)檢察官可否以專家身分擔任檢察機關以外之機關的國賠委員？

檢察官具有法制專長此無庸置疑，蓋其乃經過國家司法人員特考並經受訓而執行訴追犯罪等工作，若檢察官參與國賠事件之審理恐會有紊亂體制之嫌，本文以為，若於處理國賠事件須要提供法律之意見或其他必要之協助可函請檢察官為之。但仍不宜由檢察官擔任國家賠償委員。

3. 國家賠償委員可否由他人代理出席

國家賠償委員之產生係本機關高級職員及遴選社會公正人士、專家學者，此種委員會之成員必須親自參與案件之審理決定，但實務上國家賠償事件之處理與上述甄審委員會有完整之甄審程序及表決人數規範不同；甚至一級主管未能出席，尚可由他人代理，對此現象本文認為於組織之適法性上頗值探討，蓋參與性之委員會主要係借助委員之討論審議方能達到公正的結果應屬「禁止代理」，若有代理出席情形，應認為作出之決定應屬有瑕疵之行政行為⁹⁴。

第三目 藥害救濟審議委員

一、藥害救濟審議委員會成員與運作

藥害救濟審議及其審議組織之組成，主要是依據「藥害救濟法」及「行政院衛生署藥害救濟審議委員會設置要點」，藥害救濟審議組織於藥害救濟法第 15 條明定為「藥害救濟審議委員會」組織人員之聘任則是依上述藥害救濟審議

⁹² 吳庚，前揭書（42），頁 243～244。

⁹³ 法務部（79）法律字第 17955 號，載於國家賠償法令解釋彙編（1993 年 12 月版），頁 108。

⁹⁴ 但實務或有以為國賠會僅具有「諮詢性質」而不具法效力，故若由代理人出席，尚不影響。

委員會設置要點辦理，依設置要點第 3 點規定：「、本會置委員十一人至十七人，其中一人為召集人，均由署長就醫學、藥學、法律學者、專家及社會公正人士聘兼之，任期二年，期滿得予續聘。前項委員中，法律學者、專家及社會公正人士人數不得少於三分之一。」其任務為「本會之任務如下：(一)藥品受害範圍之訂定。(二)藥品受害事項之審議。(三)藥害救濟給付金額之審定。(四)其他有關藥害救濟事項之審議。」在會議之運作上，「本會委員會議採不定期方式於必要時召開，開會時以召集人為主席，召集人未能出席時，由委員互推一人為主席。本會委員會議，委員應親自出席，其決議應有全體委員過半數之出席，出席委員過半數之同意；可否同數時，取決於主席。」

二、對於藥害救濟審議之檢討與評述

有關藥害救濟之審議程序，依審議辦法第 3 條應設預防接種受害救濟審議小組，其任務之一為「預防接種受害原因之鑑定」，對此學者認為，第 4 條規定，審議小組之委員係由中央主管機關就醫療、衛生、解剖病理、法學專家或社會公正人士聘兼之，其中除醫學及解剖病理專家之外，其他委員並非具有醫學專門知識，而鑑定人之鑑定，係以其專門知識經驗為基礎而做出專業判斷，不具專門知識經驗者，不應參與鑑定，否則該鑑定報告即有瑕疵而不能作為判斷事實之基礎。因此，有關預防接種受害原因之鑑定，不應由審議小組，而應委由相關之專家為之。但現行實務之作法，既係先委由具醫師資格之委員二人進行鑑定，而非由審議小組實際為鑑定，為免引起質疑，實有必要將審議小組之任務 2.修正為「選任鑑定人對於預防接種受害之原因進行鑑定」⁹⁵。

此外，依該審議辦法第 12 條規定⁹⁶，審議小組審定之結果應報機關首長並以機關首長作成處分。若機關首長不同意是否要由審議小組再度決議，即會產生對專家作成決定之質疑⁹⁷。本文認為，由專家組成之審議委員會（小組），其所作之決定應屬「專家之決定」除非明顯判斷瑕疵，否則即屬作成處分之內容，應無須再由機關首長核定。

⁹⁵ 張文郁，我國現行預防接種受害救濟制度之簡評，載於醫療品質雜誌第 3 卷第 5 期，2009 年 9 月，頁 30。

⁹⁶ 中央主管機關應將審議小組之審定結果報機關首長核定後，以書面通知請求權人，並列知接種地主管機關。

⁹⁷ 有學者認為專家亦有可能「專斷」，李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007 年 3 版，頁 150。

第四目 衛生署全民健康保險爭議審議委員

一、全民健康保險爭議之組織與成員

全民健康保險爭議審議及爭議審議之組成主要是依據「全民健康保險法」及「全民健康保險爭議審議委員會組織規程」（以下稱組織規程），全民健保爭議審議組織於全民健康保險法第 5 條第 1 項及第 2 項明定為「全民健康保險爭議審議委員會」組織人員之聘任則依上開「組織規程」辦理，依組織規程第 4 條：「本會隸屬行政院衛生署（以下簡稱本署），置委員十五人，由本署署長遴聘之，任期二年，期滿得續聘；其名額分配如下：一、保險專家二人。二、法學專家四人。三、醫藥專家七人。四、本署代表二人。本會置主任委員一人，綜理會務，由本署署長就委員中指定一人兼任之。」而委員之任務依第 2 條規定：「全民健康保險爭議審議委員會（以下簡稱本會）掌理下列事項：一、關於保險對象資格及投保手續之爭議審議事項。二、關於被保險人投保金額之爭議審議事項。三、關於保險費、滯納金及罰鍰之爭議審議事項。四、關於保險給付之爭議審議事項。五、關於保險醫事服務機構特約管理之爭議審議事項。六、關於保險醫事服務機構醫療費用之爭議審議事項。七、其他有關保險權益之爭議審議事項。」

二、對於爭審會地位之檢討與評述

較為特殊者係「全民健康保險爭議審議委員會」與其他機關內部之委員會地位略有不同，依我國實務見解認為⁹⁸「爭審會依據健康保險法第 5 條第 1 項及二項設置，訂有全民健康保險爭議委員會組織規程、審議本保險被保險人、投保單位及保險醫事服務機構對要保人核定案件所生之爭議，其為行政機關，洵無疑義」，對於其他具有作成行政處分權能之委員會何以為「內部單位」本號判決以行政機關論證而未有討論是否獨立預算，推論過程並不完整⁹⁹。

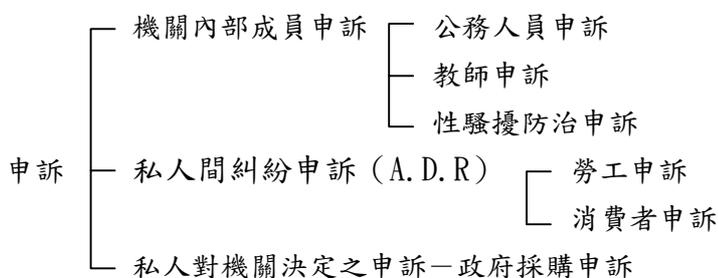
第二款 申訴委員

申訴（appeal）係指私人之間或私人對行政機關之決定或措施不服，向機

⁹⁸ 最高行政法院 91 年判字第 2 號。

⁹⁹ 林明鏘，2002 年公法學在行政作用法上之回顧，載於台灣本土法學 51 期，2003 年 10 月，頁 98~99。

關或另一機關設立之申訴委員會申告其冤屈之謂。我國法制上申訴類型之一，包括機關內部成員之申訴(如公務人員申訴¹⁰⁰、教師申訴¹⁰¹、性騷擾防治申訴¹⁰²)私人間糾紛之申訴(如勞工申訴¹⁰³、消費者申訴¹⁰⁴)以及私人對機關決定不服之申訴(如採購申訴)，茲先就體系列之如次：



製圖／作者

圖 4-1 申訴類型圖

申訴委員會之組織及成員係據作用法及委員會的組織規程或設置要點而運作，其中申訴委員視其為何種類型而有不同成員，例如公務員機關設立之申訴委員會向原服務機關其成員可能為機關部門之主管，但再申訴則由公務員保障暨陪訓委員會管轄，而教師申訴委員會除教師外可能有專家學者之參與。因此本文以下擬擇有專家學者公正人士加入之申訴委員會說明之。

第一目 機關內部成員之申訴

此處所稱之機關內部係指公務員、教師、學生等特別法律關係領域內之成員，對機關之措施不服而提出申訴¹⁰⁵，茲以教師及公務員申訴制度說明如次：

一、教師申訴委員會委員

為保障教師權益，教師法於第 29 條第 33 條訂有申訴再申訴之救濟方法，其中教師法第 29 條規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」

¹⁰⁰ 公務人員保障法第 4 條、第 77 條及第 78 條。

¹⁰¹ 教師法第 29 條及第 33 條。

¹⁰² 性騷擾防治法第 7 條。

¹⁰³ 勞動基準法第 74 條。

¹⁰⁴ 消費者保護法第 43 條。

¹⁰⁵ 雖然公務員、學生及教師皆有申訴制度，但細究之不管從法律依據申訴客體、權利保護必要、審理機關以及是否代替訴願制度的有所不同。

教師申訴評議委員會之組成應包含該地區教師組織或分會代表及教育學者，且未兼行政教師不得少於總額的三分之二，但有關委員本校之申訴案件，於調查及訴訟期間，該委員應予迴避；其組織及評議準則由教育部定之。」

教育部訂有「教師申訴評議委員會組織及評議準則」(以下簡稱組織及評議準則)依「組織及評議準則」第 5 條規定：「各級主管機關申評會置委員十五人至二十一人，均為無給職，任期二年，由機關首長遴聘教師、教育學者、該地區教師組織或分會代表、主管機關代表、社會公正人士擔任，其中未兼行政職務之教師不得少於委員總額三分之二；任一性別委員應占委員總數三分之一以上。申評會委員因故出缺時，繼任委員之任期至原任期屆滿之日止。」故申訴委員會之成員結構包括：(一)教師；(二)教師代表；(三)教育學者；(四)社會公正人士等。

二、公務人員申訴委員

公務人員保障法第 77 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當者，致影響其權益者，得提出申訴、再申訴。」；條文所稱管理措施不當例如長官為違法的工作指派不改變身分之懲處或考績評定；工作條件不當例如未提供良好的工作環境，申訴得向原服務機關，不服申訴決定，得向公務人員保障暨培訓委員會提再申訴。其中保訓會之委員有「專任委員」與「兼任委員」亦即由專家學者加入之委員會。

第二目 行政機關介入私人紛爭之申訴委員

機關介入私人糾紛之申訴制度亦屬於前述 A.D.R (即非正式紛爭裁決) 模式的一種，晚近社會型態丕變紛爭類型亦多樣化，故透過行政介入私人紛爭在功能上可以減緩司法的壓力¹⁰⁶，我國法制上亦不少，茲舉消費者爭議與勞資爭議說明如次：

一、消費者爭議

隨著社會變遷國民消費生活提昇，也衍生出消費者與企業經營者之糾紛，消費者之糾紛爭議申訴係依消費者保護法第 43 條：「消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者

¹⁰⁶ 南博方，行政法，有斐閣，2009 年 6 版 3 刷，頁 226~227。

服務中心或其分中心申訴。企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣（市）政府消費者保護官申訴。」

二、勞資爭議

勞動基準法第 74 條規定：「勞工發現事業單位違反本法及其他勞工法令規定時，得向雇主、主管機關或檢查機構申訴。雇主不得因勞工為前項申訴而予解僱、調職或其他不利之處分。」

第三目 私人對機關決定之申訴委員

為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，我國制定「政府採購法」作為依據，同時在該法中對於採購事項所生之爭議於第 74 條以下設有處理機制，包含異議申訴、調解及仲裁，我國政府採購申訴依政府採購法第 75 條第 1 項規定，廠商對於機關辦理採購認為違反法令或我國所締結之條約、協定致損害其權益者，得以「書面」向招標機關提出異議，復依同法第 76 條規定：「廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第二項所定期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起十五日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。地方政府未設採購申訴審議委員會者，得委請中央主管機關處理。廠商誤向該管採購申訴審議委員會以外之機關申訴者，以該機關收受之日，視為提起申訴之日。前項收受申訴書之機關應於收受之次日起三日內，將申訴書移送於該管採購申訴審議委員會，並通知申訴廠商。」，故我國政府採購申訴制度須先經「異議程序」並於同法 83 條規定：「審議判斷，視同訴願決定」，故無須訴願可提行政訴訟。

採購申訴委員會之組織及成員聘派係依「採購申訴審議委員會組織準則」（以下簡稱組織準則），第 3 條及第 4 條¹⁰⁷規定「申訴會置主任委員一人，綜理

¹⁰⁷ 採購申訴委員會之公正人士，依組織準則第 5 條規定：「前條第一項公正人士，應具備下列資格之一：一、曾任實任法官、檢察官或行政法院評事者。二、曾執行律師、會計師、建築師、技師或其他與政府採購有關之專門職業人員業務五年以上者。三、曾任教育部認可之國內、外大專校院副教授以上職務三年以上，且教授法律或採購相關專門學科者。四、具有與政府採購相關領域之專門知識或技術，並在該領域服務五年以上者。」

會務，由主管機關或直轄市、縣（市）政府就本機關高級人員派兼之；並得置副主任委員一人，襄理會務。前項副主任委員，由主管機關或直轄市、縣（市）政府就本機關高級人員或具有法律或採購相關專門知識之公正人士派（聘）兼之。申訴會置委員七人至二十五人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，由主管機關或直轄市、縣（市）政府就本機關高級人員或具有法律或採購相關專門知識之公正人士派（聘）兼之。前項委員，由本機關高級人員兼任者最多三人，且不得超過全體委員人數五分之一。第 1 項聘任之委員，任期二年；期滿得續聘之。」

至於申訴委員會之職掌，依組織準則第 2 條規定：「主管機關及直轄市、縣（市）政府分別設採購申訴審議委員會（以下簡稱申訴會），掌理下列事項：一、關於本法第 76 條廠商申訴之處理。二、關於本法第 85 條之 1 履約爭議之調解。三、關於本法第 102 條廠商申訴之處理。四、其他與廠商申訴及履約爭議調解相關之事項。直轄市、縣（市）政府未設申訴會者，得依本法第 76 條規定委請主管機關申訴會辦理前項業務。」

第三款 仲裁委員

仲裁原係指對於現在或未來之爭議，得約定由仲裁人一人或數人成立仲裁庭仲裁之我國定有仲裁法並就仲裁人之資格並有積極為消極之規定¹⁰⁸。但本處所指之仲裁委員與前述仲裁人不同係指行政機關為解決私人之紛爭而於機關內設立之仲裁委員會執行私人雙方當事人之紛爭之組織¹⁰⁹，有關勞資爭議之調整不成立者，經爭議雙方當事人之申請應交付勞資爭議委員會仲裁，有關勞資爭議仲裁之組織運作及成員規定於「勞資爭議處理法」及「勞資爭議仲裁委員遴聘辦法」，茲就仲裁委員會之相關規定說明如次：

第一目 仲裁委員會之任務及組成¹¹⁰

勞資爭議調解人、調解委員、參加調解及經辦調解事務之人員，對於調解事件，除已公開之事項外，應保守秘密。以組成仲裁委員會方式進行仲裁者，

¹⁰⁸ 仲裁法第 5 條及第 6 條。

¹⁰⁹ 我國法制上，雖然政府採購法第 85 條之 1 有調解不成立提付仲裁之機制，但其「仲裁機構」與本處所研究者設於機關之仲裁委員會不同。

¹¹⁰ 勞資爭議處理法第 24 條及 29 條。

主管機關應於收到仲裁申請書或依職權交付仲裁後，通知勞資爭議雙方當事人於收到通知之日起五日內，於主管機關遴聘之仲裁委員名冊中各自選定仲裁委員具報；屆期未選定者，由主管機關代為指定。勞資雙方仲裁委員經選定或指定後，主管機關應於三日內通知雙方仲裁委員，於七日內依第 30 條第 1 項及第 2 項或第 4 項規定推選主任仲裁委員及其餘仲裁委員具報；屆期未推選者，由主管機關指定。

第二目 仲裁委員之資格

一、積極資格¹¹¹

仲裁委員會置委員三人或五人，由下列人員組成之：一、勞資爭議雙方當事人各選定一人。二、由雙方當事人所選定之仲裁委員於仲裁委員名冊中，共同選定一人或三人。前項仲裁委員會置主任仲裁委員一人，由前項第 2 款委員互推一人擔任，並為會議主席。仲裁委員由直轄市、縣（市）主管機關遴聘具一定資格之公正並富學識經驗者任之。直轄市、縣（市）主管機關遴聘後，應報請中央主管機關備查。依第 25 條第 2 項規定由中央主管機關交付仲裁者，其仲裁委員會置委員五人或七人，由勞資爭議雙方當事人各選定二人之外，再共同另選定一人或三人，並由共同選定者互推一人為主任仲裁委員，並為會議主席。前項仲裁委員名冊，由中央主管機關會商相關目的事業主管機關後遴聘之。

二、消極資格¹¹²

有下列情形之一者，不得擔任同一勞資爭議事件之仲裁委員：一、曾為該爭議事件之調解委員。二、本人或其配偶、前配偶或與其訂有婚約之人為爭議事件當事人，或與當事人有共同權利人、共同義務人或償還義務人之關係。三、為爭議事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係。四、現為或曾為該爭議事件當事人之代理人或家長、家屬。五、工會為爭議事件之當事人者，其會員、理事、監事或會務人員。六、雇主團體或雇主為爭議事件之當事人者，其會員、理事、監事、會務人員或其受僱人。仲裁委員有前項各款所列情形之一而不自行迴避，或有具體事實足認其執行職務有偏頗之虞者，

¹¹¹ 勞資爭議處理法第 30 條；勞資爭議仲裁委員遴聘辦法第 3 條、第 4 條。

¹¹² 勞資爭議處理法第 31 條。

爭議事件當事人得向主管機關申請迴避，其程序準用行政程序法第 33 條規定。

第三目 仲裁委員會之會議及決議

勞資爭議仲裁委員會之仲裁，應有三分之二以上委員出席，並經出席委員四分之三以上決議，但經二次會議仍無法作成時，第三次會議取決於多數。仲裁委員連續二次不參加會議，致會議不足法定人數時，主管機關得另行指定仲裁委員代替之¹¹³。

第四款 小結

隨著社會的變遷與多元化，人類糾紛之類型亦不斷改變，過去仰賴司法解決紛爭的機制也逐漸部分移由行政機關內設立的糾紛裁決機制，一來快速再者可以透過非訴訟的方式達成解決紛爭之目的。

而在多元與專業化的要求下，專家學者社會公正人士或社會利益團體人士的參與更能達成糾紛之解決，本目以「爭議裁決委員」為中心，並試圖將之更細的類型化，包括行政救濟傳統型、申訴以及仲裁型等不同的名稱與類型，茲以表做為小結如次：

表 4-3 爭議裁決委員類型表

		類型化	法令依據
爭議裁決委員	行政救濟傳統型	訴願委員	訴願法第 52 條
		國家賠償	設置要點
		救害救濟審議委員	藥害救濟法第 15 條
		全民健保爭議審議委員	全民健保法第 5 條
	申訴審議型	教師申訴評議委員	教師法第 29 條
		公務人員申訴委員	公務人員保障法第 77 條、78 條
		消費者申訴委員	消費者保護法第 43 條
		勞工申訴委員	勞動基準法第 74 條
		政府採購申訴委員	政府採購法第 76 條
	仲裁型	勞資爭議仲裁委員	勞資爭議處理法第 29 條

製表／作者

¹¹³ 勞資爭議處理法第 32 條。

第四項 調解委員

調解（conciliation）係指一個公正的第三者（可能為機構或委員會）幫助雙方當事人解決紛爭並提供解決之意見，它需要雙方當事人願意參加¹¹⁴，亦即得當事人同意之道德勸說或影響性之行政行為，其在行政法上定位為「行政指導」¹¹⁵其為替代性紛爭解決（Alternative Dispute Resoulation）模式之一（簡稱 A.D.R 係取其第一個英文字母排列），根據紛爭解決的種類，A.D.R 可以分為司法型、行政型和民間型三種¹¹⁶，本文所探討者係指行政型 A.D.R 亦即由行政機關組織調解委員會進行紛爭之解決程序，晚近 A.D.R 模式之所以興盛在於對訴訟之冗長及無人性進行反省，同時現代社會不斷產生新模式的紛爭，有必要成為紛爭解決之常態模式，1996 年美國也將〈行政紛爭解決法〉法制化，而日本除了原有的行政不服申訴之外，由行政機關進行斡旋、調解、仲裁外，還有對苦情的處理¹¹⁷。

我國法制採調解制度者為數不少，除了鄉鎮市調解委員會外，還有諸多新興紛爭的調解委員會，如消費者爭議、勞資爭議、公害糾紛、採購履約之調解均於個別法律中賦予委員會法律地位，而此等調解委員會之成員稱之「調解委員」其遴聘規定亦分別於法律或各該委員會的組織規程中明定，茲就相關調解委員會及其成員規定表列並說明如次：

表 4-4 調解委員類型表

爭議 調解 委員	鄉鎮市公所調解委員	鄉鎮市調解條例第 1 條
	公害糾紛調處委員	公害糾紛處理法第 4 條
	著作權爭議調解委員	著作權法第 82 條
	積體電路電路布局鑑定調解委員	積體電路電路布局保護法第 36 條

製表／作者

¹¹⁴ U.K White Paper 2.11（2004），在英國調解作為替代性紛爭解決模式，亦有調解機構 Acas（Advisory Conciliation and Arbitration Service）即英國諮詢調解仲裁處。

¹¹⁵ 黃啓禎，行政管制與行政制裁之區分及運用，收錄於刑與思，林山田教授紀念論文集，台北，元照，2008 年 12 月，頁 519。

¹¹⁶ 南博方，行政法，有斐閣，2009 年 6 版 3 刷，頁 226。

¹¹⁷ 南博方，前揭書，頁 227。

第一款 鄉鎮市調解委員會委員

鄉、鎮、市公所應設立調解委員會辦理民事事件及告訴乃論之刑事事件，此種在地方自治行政機關所設立之調解委員會性質為何？學說上尚有爭議¹¹⁸，然就其設立於行政機關內部，其目的在調解當事人之糾紛有促進社會和諧之社會功能，依實務見解調解書雖非行政處分，但就調解所為之行爲亦屬行政行爲之一種，即行政指導行爲，茲就調解委員會之相關制度說明如次：

一、調解委員會之組織與運作

調解委員會委員（以下簡稱調解委員），依鄉鎮市調解條例規定¹¹⁹，由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士，提出加倍人數後，並將其姓名、學歷及經歷等資料，分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院或其分院檢察署共同審查，遴選符合資格之規定名額，報縣政府備查後聘任之，任期四年。連任續聘時亦同。調解委員中婦女名額不得少於四分之一，其中並有規定不得擔任調解委員之資格限制¹²⁰。

二、鄉鎮市調解之特色

綜觀我國調解委員會之制度有以下幾點特色，首先調解委員之產生方式以法律規定，在爭議裁決審議及調解委員中，與訴願委員產生之方式同，均由法律加以規範，但與國賠委員之產生方式不同。其次，調解委員係由鄉鎮市長遴選鄉鎮市內具有法律或其他專業知識及信望素爲之公正人士，函請地方法院及其分院及檢察署共同審查，遴選符合資格者報縣政府備查，與一般遴選方式都由「首長聘兼之」方式不同；另外，委員女性性別之保障，一般專家、學者、公正人士並無性別之限制，於調解之特性能在和諧情況下進行，特別規定調解委員婦女名額不得少於四分之一。

¹¹⁸ 蘇德全：「鄉鎮市區調解委員會組織與職能之研究」；國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1987年6月，頁2~25。

¹¹⁹ 鄉鎮市調解條第3條。

¹²⁰ 鄉鎮市調解條第4條。

第二款 公害糾紛調處委員

公害糾紛之調處及其審議組織之組成主要是依據「公害糾紛處理法」，公害糾紛之調處、組織於公害糾紛處理法第 4 條明定為「公害糾紛調處委員會」，另外組織成員之聘任係依據同法第 5 條：「調處委員會置委員九人至二十一人；其中一人為主任委員。直轄市調處委員會主任委員，由直轄市長或其指定之適當人員兼任之；縣（市）調處委員會主任委員，由縣（市）長兼任之。其他委員，由直轄市長、縣（市）長遴聘有關機關代表、環境保護、法律、醫學等相關學者專家及社會公正人士共同組成；學者專家及社會公正人士之人數，不得少於全體委員之三分之二。」另同法第 7 條規定：「調處委員會委員，依法獨立行使職權，於在職期間，非有下列各款情形之一，不得於任滿前予以解聘：一、受有期徒刑以上刑之判決確定者。二、受破產、監護或輔助宣告者。三、任公務員而受撤職或休職之處分者。四、因身心障礙致不能執行職務者。」

第三款 著作權審議調解委員會

著作權糾紛調解及其審議組織之組成主要是依據「著作權法」及「經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會組織規程」（下稱組織規程），著作權爭議之調解組織於著作權法第 82 條明定為「著作權審議及調解委員會」，另外組織成員之遴聘係依據上述「組織規程」，另外著作權審議及調解委員會之組織任務，依著作權法第 82 條規定：「著作權專責機關應設置著作權審議及調解委員會，辦理下列事項：一、第 47 條第 4 項規定使用報酬率之審議。二、著作權仲介團體與利用人間，對使用報酬爭議之調解。三、著作權或製版權爭議之調解。四、其他有關著作權審議及調解之諮詢。前項第 3 款所定爭議之調解，其涉及刑事者，以告訴乃論罪之案件為限。」有關委員會成員之聘派依「組織規程」第 3 條：「本會置主任委員一人，由本局局長兼任；委員二十一人至二十九人，任期二年，由局長聘派有關機關代表、學者、專家及本局業務有關人員兼任之。」另在會議之運作上依「本會辦理審議事項，應由全體委員二分之一以上之出席，出席委員二分之一以上之同意，始得決議。可否同數時，由主席裁決之。本會辦理諮詢事項，應由全體委員三分之一以上之出席，出席委員三分之二以上之同意，始得決議。本會辦理調解事項，應依著作權爭議調解辦法規定為之。」

第四款 積體電路電路布局鑑定調解委員

積體電路電路布局糾紛之調解及審議組織之組織主要是依據「積體電路電路布局保護法」及「積體電路電路布局鑑定暨調解委員會設置辦法」(以下簡稱設置辦法)積極電路電路布局糾紛之調解組織於積體電路布局保護法第 36 條明定為「積體電路電路布局鑑定暨調解委員會」,另外其組織成員之聘任係依上開「設置辦法」,其中並規定積體電路電路布局調解委員會之組織任務、任務組成方式、聘派及審議方式。

依「設置辦法」第 2 條及第 3 條規定:「電路布局專責機關設積體電路電路布局鑑定暨調解委員會(以下簡稱本會),辦理下列電路布局權之事項:一、法院囑託之鑑定。二、爭端之調解。三、特許實施。四、其他有關事項。」「本會置主任委員一人,由電路布局專責機關首長兼任;委員十人至十四人,任期二年,期滿得予續聘,由電路布局專責機關首長聘任有關機關代表、學者、專家及電路布局專責機關業務有關人員擔任之。前項代表機關出任之委員,應隨其本職進退。」

第五項 監督管理委員

行政組織之特色在於層層節制,故機關之間尤其上級對下級機關更具有指揮監督之關係,此即「行政監督」可分廣義與狹義;廣義係指行政機關受其他治權機關之監督;狹義則係指內部機關之監督。

監督制度之由來係源自於不信任與防弊之理論,於制度之設計上須透過他人或他機關之查察監督以降低違法舞弊之情事發生,故監督具有廣泛之控制作用,包括指導、考核、糾察、矯正及督導等各種作用。

晚近,行政組織之運作模式採官民合作之態樣者增多,一來引進民間力量介入公共事務以防止官僚之間的「官官相護」;二來實踐某種程度之民主參與,以促進行政之民主化與公開化,這在強調政治與社會多元化與專業化的趨勢中,透過民間(由專家或利益團體組織)參與,能有效且合理地推行公共事務。簡言之,監督管理委員之設置積極目的在增進行政效率與行政之合法性;消極

目的則在防弊。一般說來，設立監督管理委員約有以下功能¹²¹：

- 一、督導行政業務正確有效的執行，有助於提高業務效率¹²²與水準。
- 二、有效管制業務計畫的執行與經費預算之運用，以求貫徹國家施政目標。
- 三、矯正業務之錯誤、改進缺失、解決爭議加強協調合作。
- 四、預防行政機關及人員發生違法不當及失職情事。

由民間專家學者、社會公正人士介入之監督管理委員會相較於傳統官僚系統之監察（如監察院或政風系統、檢調單位）更具有民主參與、防止官官相護及增進行政效能等優點。

我國行政實務上，亦有諸多引進專家學者、社會公正人士參與監督管理考核行政事務以昭公信者，尤其對於基金之運用與特定行政事務以及公共安全之監督為最常見之類型，茲逐次說明如次：

第一款 基金管理運用之監督委員

我國法制上有諸多「基金」的設置，其法源有來自預算法¹²³，有來自於法律別規定¹²⁴，或由法律授權訂定之法規命令而設立¹²⁵，在層層節制之行政機關中設立「基金」，其優點在於財務之運用較具彈性且財政法上限制較少，對於此等基金之運用管理及監督，通常在主管機關之內設有監督管理委員會，其職掌基金之收支、保管、監督及考核事項，這些基金若依預算法規定，除其預算編審程序，應依預算法前述的特殊規定辦理外，其收支保管辦法，由行政院定之，並送立法院。若依各該法律、法規命令的規定，定其收支保管辦法。正因特種基金在預算編製上只須編列「由庫撥補額或應繳庫額」，又可另定自己的收支保管辦法，財務運用上便有較大的彈性。此外，在預算的執行上，特種基金也享有特殊的，突破預算法上限制的應變權限（預算法第 88 條）。實務上，運用特

¹²¹ 張家洋，行政法，台北，三民，2002 年，頁 288。

¹²² 晚近效率（effectively）亦成為行政法所重視，行政組織之設立首重提昇政府施政之效率，行政法教科書亦開始加以討論，諸如黃錦堂，行政組織法基本問題，載於翁岳生編行政法（上）2006，台北，元照，2006 年，頁 262～263。

¹²³ 諸如預算法第 4 條第 2 款之特種基金及同法 21 條由政府設立之特種基金。

¹²⁴ 法律加以規定者如行政院金融重建基金設置及管理條例；公務人員退休撫卹基金管理條例及國立大學校院務基金設置條例。

¹²⁵ 諸如勞工退休基金係依勞動基準法第 56 條第 2 項授權訂定。

種基金這種預算法上的設計，來降低行政主體對行政組織財政控制密度的情形，越來越普遍¹²⁶。茲就我國現行基金之管理監督制度說明如次：

第一目 行政院金融重建基金管理委員會

為處理經營不善之金融機構，以穩定金融信用秩序，改善金融體質，健全金融環境，並建立管理及運作機制，設置行政院金融重建基金（以下簡稱本基金）¹²⁷，本基金有當事人能力，並設金融重建基金管理會（以下簡稱管理會）辦理本基金運用事項之審核、收支保管計畫之核定、財務報告、資金調度事項之審核、其他有關本基金管理、執行及公告事項之核定等事項。

管理會置委員九人至十三人，其中一人為召集人，由主管機關之首長擔任，對外代表本基金，一人為副召集人，由主管機關之副首長擔任；其餘派任委員，由中央銀行副總裁、行政院農業委員會副主任委員、行政院主計處副主計長、存保公司董事長擔任，並依其本職任免；另遴選委員，分別由具有法律、經濟、金融及其他與管理會辦理事項相關領域之專業學識及經驗者擔任。管理會委員具有同一黨籍者，不得超過委員總人數二分之一。

評價小組置兼任委員七人至九人，由管理會聘請具國際金融、銀行管理、或資產估價相關領域之專門知識及經驗者擔任之。評價小組召集人由評價委員互相推選產生，且為管理會當然之遴選委員之一。評價小組委員與會議事項有利益衝突時，應迴避之。依第一項規定遴選之委員，每任聘期為三年，聘期內因故改聘者，其聘期至原聘委員聘期屆滿之日為止。依第二項規定聘請之委員，其聘期屆滿與管理會委員同。

第二目 國立大學校務基金管理委員會

為因應高等教育發展趨勢，提昇教育品質，增進教育績效，國立大學校院應設置校務基金¹²⁸。國立大學校院校務基金屬預算法第 4 條所定之特種基金，編製附屬單位預算¹²⁹。

¹²⁶ 李建良、林三欽、陳愛娥、林合民、黃啓禎等合著，行政法入門，台北，元照，2004 年 5 月 2 版 1 刷，頁 227～229。

¹²⁷ 行政院金融重建基金設置及管理條例第 1 條。

¹²⁸ 國立大學校院校務基金設置條例第 2 條。

¹²⁹ 國立大學校院校務基金設置條例第 4 條。

國立大學校院校務基金之收支、保管及運用應設置管理委員會管理，由校務會議下所設置之經費稽核委員會監督，管理及監督之辦法，由教育部定之。前項管理委員會置委員七至十五人，由校長任召集人，其中不兼行政職務之教師代表不得少於三分之一，必要時得聘請校外專業人士參與。委員任期兩年，由校長遴選提經校務會議同意後聘任之。第一項之經費稽核委員會置委員七至十五人，由校務會議成員中推選產生。但其成員不得與校務基金管理委員會之成員重疊¹³⁰。

其中外聘委員之介入之情形係該條例規定「必要時得聘請校外專業人士參與」但人數並未明定，在當今大學自治之思潮下，其委員大都由該校教師出任。

第三目 土壤及地下水污染整治基金管理委員會

環保署依土壤及地下水污染整治法第 24 條第 3 項規定設立土壤及地下水污染整治基金管理委員會（以下簡稱本會）該委員會之任務¹³¹，本基金收支、保管及運用之審議、本基金年度預、決算之審議、本基金運用執行情形之考核等事項。

委員會置委員十七人至二十三人，其中一人為主任委員，由行政院環境保護署（以下簡稱本署）署長兼任；一人為副主任委員，由本署署長指定副署長一人兼任；其餘委員，由本署署長就政府機關代表、工商團體代表、學者、專家及社會公正人士遴聘之，其中專家、學者，不得少於委員人數三分之二。

前項委員任期二年，期滿得續聘之；均為無給職，委員於任期中及該任期屆滿後三年內，均應迴避土壤、地下水污染整治相關工作；委員之配偶、直系血親及三親等內旁系血親，均應迴避委員任期中其所審核相關整治場址之土壤及地下水污染整治工作¹³²。

第四目 勞委會之勞工退休基金監理委員會

行政院勞工委員會為辦理勞工退休基金（以下稱本基金）之審議、監督、

¹³⁰ 國立大學校院校務基金設置條例第 5 條。

¹³¹ 土壤及地下水污染整治基金管理委員會組織規程第 2 條。

¹³² 土壤及地下水污染整治法第 24 條第 2 項、土壤及地下水污染整治基金管理委員會組織規程第 3 條。

考核及有關勞工退休金條例年金保險之實施等事項，特設勞工退休機關監理會¹³³。

有關勞工監理會之委員於勞工退休金監理會組織法第 4 條、第 5 條及第 6 條¹³⁴設有規定：「中央主管機關為勞工退休基金之審議、監督、考核以及有關本條例年金保險之實施，應組成勞工退休基金監理委員會（以下稱監理會）。監理會應獨立行使職權，其組織、會議及其他相關事項，另以法律定之。監理會成立後，勞動基準法第 56 條第 2 項規定勞工退休基金管理業務，歸入監理會統籌辦理。」「勞工退休金之收支、保管、滯納金之加徵、罰鍰處分及其強制執行等業務，由中央主管機關委任勞工保險局（以下稱勞保局）辦理之。」「雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶。除本條例另有規定者外，雇主不得以其他自訂之勞工退休金辦法，取代前項規定之勞工退休金制度。」

第五目 小結

上述之監督委員其任務（更精確說應該是職掌）主要在對於「基金收支、保管、運用」之審議、監督及考核事項；其成員雖由「官民合作」但民間參與委員在法制設計上人數優於官方代表；以「勞退基金監理委員會¹³⁵」成員二十一名；官方代表九人；民間代表（含勞資雙方各四次、專家二人計十人）至於土污基金管理委員會民間比例更高，即「其中專家、學者，不得少於委員人數三分之二」。

此外，「委員之報酬」則採「無給職，但得支領出席費」。同時，關於委員之行為規範「土污基金監督委員」設有迴避之規定。

第二款 特定行政事務之監督委員

所謂特定事務之監督委員係指行政機關為督導其職掌下的事務，設於機關內做為督導、考核該事項之委員會，該委員會之成員中除相關單位之首長外，

¹³³ 勞工退休金監理會之組織法於 2007 年 3 月制定於該法第 2 條明定該會為三級機關。

¹³⁴ 另於同法第 7 條規定有委員之消極要件。

¹³⁵ 勞工退休基金監理會由於法制化之結果明定其為行政機關而非機關內設置的委員會核先說明。

亦引進專家學者加入以防止官官相護之弊端，在我國行政機關中亦不乏其例，茲舉數說明如次：

第一目 交通部道路交通安全督導委員會

為加強全國道路交通安全事務之協調、監督、與推動、依照交通部組織法第 26 條規定，設置交通部道路交通安全督導委員會（以下簡稱本會）。本會任務¹³⁶，包括全國道路交通安全事項之策劃、協調與督導其執行事項、直轄市、縣（市）政府道路交通安全工作計畫及執行情形之審議，監督與查核事項、道路交通安全法規修訂之建議事項以及道路交通安全資料之蒐集、綜合分析及專題研究事項。

本會置主任委員一人，由交通部部長兼任；副主任委員三人，由交通部次長、內政部次長、教育部次長兼任。

本會置委員二十三人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，其中十四人由內政部警政署署長、營建署署長、教育部社教司司長、行政院新聞局國內處處長、行政院衛生署保健處處長、交通部路政司司長、道路交通安全督導委員會執行秘書、臺灣區國道高速公路局局長、公路局局長、運輸研究所所長、臺灣省政府交通處處長、警察局局長、高雄市政府建設局局長、警察局局長兼任，其餘五人由主任委員就有關專家聘兼之。專家為二年一聘，並得續聘¹³⁷。

第二目 財政部公益彩券監理委員會

關於公益彩券監理委員會（以下簡稱監理會）之組織與運作主要是依據「公益彩券發行條例第 6 條第 4 項」及「財政部公益彩券監理委員會組成辦法」（以下簡稱組成辦法），而監理會之任務包括¹³⁸發行公益彩券盈餘之審議、分配之監督、各分配機關盈餘運用情形之監督考核，以及其他有關公益彩券盈餘分配重大事項之監督。

關於公益彩券監理委員之組成方式、聘派以及審議方式於「組織辦法」中均有規定，依「組成辦法」第 4 條之規定：「本會置委員二十一人至二十五人，

¹³⁶ 交通部道路交通安全督導委員會設置辦法第 1 條、第 2 條。

¹³⁷ 交通部道路交通安全督導委員會設置辦法第 3 條、第 4 條。

¹³⁸ 財政部公益彩券監理委員會組成辦法第 2 條。

其中一人為召集人，由財政部次長兼任，其餘委員由下列人員擔任：一、中央政府代表四人至六人：包括內政部、財政部、行政院主計處、行政院衛生署代表各一人；其餘由財政部視業務需要，洽請中央政府其他相關機關指派之。二、直轄市政府、縣（市）政府代表五人。三、相關學者專家及社會福利團體代表十一人至十三人。前項第 2 款人員，由財政部洽請直轄市政府、縣（市）政府指派之，聘期為一年；第 3 款人員，由財政部遴聘，聘期為二年。第一項規定之政府代表人數，合計不得超過二分之一。」顯見其成員除了「政府機關代表外」另有「專家」以及「利益團體代表」（社會福利團體代表），在會議的進行上「每三個月開會一次；召集人或半數以上委員認有必要時，得召開臨時會議。開會均由召集人召集並擔任主席；召集人因故不能出席時，應指定委員一人代理之¹³⁹；開會除重大決議需經全體委員三分之二以上出席外，應有過半數委員出席，決議事項應經出席委員過半數之同意；可否同數時，取決於主席。本會委員對具有利害關係之議案，應行迴避¹⁴⁰。」

第三目 環保署稽核認證團體監督委員會

關於稽核認證團體之監督及監督組織之組成，主要是依據「廢棄物清理法」及「環保署稽核認證團體監督委員會設置要點」（以下簡稱設置要點），稽核認證團體監督組織係為執行廢棄物清理法第 18 條第 2 項規定之稽核認證工作、特設稽核認證團體監督委員會（以下簡稱本會）。另組織人員之遴聘係依上述「設置要點」相關規定辦理，其中並規定監督委員會之組織職掌（任務）、委員組成方式、審議方式，因而若想瞭解該監督機制，可以從上開「設置要點」著手。

監督委員會之組成係依據環保署稽核認證團體監督委員會設置要點規定，設置本會置委員十三人至十五人，由本署署長就「環境保護或消費者保護相關領域之社會公正人士」、學者專家、地方政府及本署代表遴聘之。任期二年，期滿得予續聘。本會任務如下：(一)評鑑本署委託認證之稽核認證團體。(二)查核稽核認證團體稽核認證作業。(三)受理各界對稽核認證作業不法之檢舉案。足見監督委員係引進環保或消保領域之專家學者加入監督之行列，另在會議之進行上，本會每半年召開會議一次，以主任委員為主席。必要時本署得召開臨時會

¹³⁹ 財政部公益彩券監理委員會組成辦法第 6 條。

¹⁴⁰ 財政部公益彩券監理委員會組成辦法第 7 條。

議。主任委員未能出席時，得指定委員一人代理之。本會之決議應有全體委員二分之一以上之出席，並以出席委員過半數之同意行之。

第三款 公共安全監督委員

晚近隨著科技的發達帶動人類生活的便利，但相對地由於科技的使用亦使得風險亦不斷提昇，諸如核能幅射、食品基因以及大量開發帶來不確的危害，國家在面對這些危險的來臨，有時為「取信於民」或借重專家學者之「專業」加入委員會並本其專業監督國家相關之重大公共安全的任務履行，例如台灣高鐵之試營運是否符合公眾搭乘的安全標準，可以引進機電、交通、土木等專家履勘以避免公眾危險的發生，核能廢料的貯藏是否符合安全標準有必要公眾監督；放射棄料的最終處理等事務，不能只有行政部門黑箱作業的運作模式，為減輕民眾對公共安全的疑慮，最好的方法即引進公眾或由其推薦的監督委員進入運作過程，以減輕民眾疑慮並確保公共安全，同時讓行政事務之運作更為順暢。

我國行政機關在處理攸關公眾安全的事務，包括核能安全與輻射廢料之貯存，亦設有相關監督委員會，茲以我國現行有關公共監督之委員會說明如次：

第一目 低放射廢料最終處理場聯合監督委員會

低放射性廢料最終處理及監督組織之組成係依據「低放射性廢料最終處理場聯合監督委員會設置要點」（以下簡稱設置要點）。

委員會之任務包括處置場之設計、建造、營運之安全監督，另組織人員之聘派係依上述設置要點相關條文辦理，其中並規定委員會之職掌、委員會組成方式、審議方式。故欲探究低放射性廢料最終處理之監督可以從上述設置要點探求。

有關監督委員會的組成依設置要點第三點規定，有關會議的進行上，每六個月舉行會議一次，必要時得召集臨時會議。

第二目 行政院原子能委員會核能四廠環境監督委員會

核能四廠監督委員會係為執行環境影響評估法之事項¹⁴¹而設立之委員會，其監督及監督之組成主要是依據「行政院原子能委員會核能四廠環境監督委員會設置要點」（以下簡稱設置要點），另有關組織人員之聘任係依設置要點其中並規定委員會之組織職掌、委員之組成方式及審議方式等。

核能四廠環境監督委員會的組成，依上述設置要點規定。

在成員方面，引進機關代表、核四所在地之地方首長與民意代表，另外具有環境保護專長之專家學者。會議的進行上，每三個月舉行一次，委員須出席半數始能開會會議亦採多數決的方式¹⁴²。

第四款 小結

國家內部雖有監督管理的機制，但由於人民對官僚制度的不信任以及民主之參與兩大思潮，亦引進專家學者進入機關設置的委員會，擔任成員以便取信於民，從上述類型化之結果，監督管理委員尚可再細分基金運用之管理監督、特定事務之監督以及對影響重大公共安全之監督，茲表列如次並作為小結：

¹⁴¹ 環境影響評估法第 18 條規定：「開發行為進行中及完成後使用時，應由目的事業主管機關追蹤，並由主管機關監督環境影響說明書、評估書及審查結論之執行情形；必要時，得命開發單位定期提出環境影響調查報告書。開發單位作成前項調查報告書時，應就開發行為進行前及完成後使用時之環境差異調查、分析，並與環境影響說明書、評估書之預測結果相互比對檢討。主管機關發現對環境造成不良影響時，應命開發單位限期提出因應對策，於經主管機關核准後，切實執行。」

¹⁴² 行政院原子能委員會核能四廠環境監督委員會設置要點第 5 條。

表 4-5 監督管理委員類型表

		類型化	法令依據
監督管理委員會（委員）	基金管理監督運用型	行政院金融重建基金管理委員會（委員）	行政院金融重建基金設置及管理條例第 7 條
		國立大學校務基金管理委員會（委員）	國立大學院校務基金設置條例
		土壤及地下水污染整治基金管理委員會（委員）	土壤及地下水污染整治法第 24 條第 3 項
		勞工退休基金監理委員會（委員）	勞工退休金監理委員會組織法第 4 條
		保險業務發展基金管理委員會（委員）	組織規程
	特定事務之監督型	道路交通安全督導委員會（委員）	交通部道路交通安全督導委員會設置辦法
		財政部公益彩券監理委員會	組織辦法
		環保署稽核認證團體監督委員會	廢棄物清理法第 2 項
	公共安全監督型	低放射性廢棄料最終處理場聯合監督委員會	設置要點
		行政院原子能委員會核能四廠環境監督委員會	環境影響評估法第 18 條

製表／作者

第六項 調查委員

如果說監督管理係為有效正確執行並提高效率的話，那麼調查係於事件發生之後為讓事實更臻明確的一種查察活動。

本處所指的調查係指行政機關以蒐集、察查、驗證、相關事實與資料為目的，而對事件所做的一種事實行為。尤其在機關作成決定或報告之前有賴於此種調查，機關若於重大事件發生後常會成立調查委員會。

調查委員會之成員稱為「調查委員」，我國機關調查委員會引起關注者，係立法院針對 319 槍案成立之「真相調查委員會」¹⁴³，但本文研究對象傾向在行

¹⁴³ 該會之組織依大法官解釋 585 號理由書略謂：「立法院調查權係協助立法院行使憲法職權所需之輔助性權力，其權力之行使應由立法院依法設立調查委員會為之。僅於特殊例外情形，例如所欲調查之事項具高度專業性質，由立法委員組成之調查委員會無法進行有效之調查時，始得經院會決議就特定事項之調查制定特別法，委任不具立法委員身分之相關專業人士，協助立法院行使調查權。上開委員所應具備之能力、資格審查及選任所應遵循之程序，雖屬立法院議會自治之事項，惟仍應以法律明定，其任命則應經院會決議後由立法院院長為之，與憲法第 41 條規定無涉。」

政內部機關設立之調查委員。我國現行法亦有設立法源，例如有關飛航事故之調查，飛航事故調查法第 3 條規定：「為公正調查飛航事故，改善飛航安全，政府應設飛航安全調查委員會（以下簡稱飛安會），依法獨立行使職權。」；又如經濟部之貿易調查，貿易法第 18 條第 2 項規定：「經濟部為受理受害產業之調查，應組織貿易調查委員會；其組織規程，由經濟部另定之。」¹⁴⁴ 調查委員通常需具備專業與公正，對於事件之始末提出客觀之調查報告。以下茲舉數例調查委員說明如次：

第一款 行政院飛航安全委員會

飛航安全之調查及調查之組成，主要係依據「飛航事故調查法」及「行政院飛航安全委員會組織規程」（以下簡稱組織規程）飛航安全委員會之組織於飛航事故調查法第 3 條明定為「飛航安全委員會」（以下簡稱飛安會），另外組織人員之聘派係依據上述「組織規程」相關條文辦理，其中並規定飛安會的組織職掌¹⁴⁵、委員組織方式、聘派與審議方式，故若欲瞭解飛航安全事故可從飛航事故調查法及「組織規程」著手。飛安會的組織，依「組織規程」規定：「本會置委員五人至七人，任期三年，由行政院院長聘兼之，並指定委員一人為主任委員，執行本會決議、綜理本會事務及指揮監督所屬職員。前項委員出缺時，由行政院長補聘之，其任期至原任期屆滿為止。」¹⁴⁶，同時本會委員會議以每月舉行一次為原則，必要時得召開臨時會議，均由主任委員召集之。會議之決議，應有全體委員過半數之出席及出席委員過半數之同意行之。可否同數時，取決於主席¹⁴⁷。

¹⁴⁴ 相關裁判參最高法院 96 年判字 1603 號判決：「經濟部貿易調查委員會...相關主管機關之正副首長及一半以上對產業經貿、財稅、法律等富有研究與經濟之學者、專家組成之合議制機關。」

¹⁴⁵ 行政院飛航安全委員會組織規程第 2 條：「行政院飛航安全委員會（以下簡稱本會）掌理下列事項：一、國內外民用航空器失事與重大意外事件之認定、調查、鑑定及調查報告與改善建議之提出。二、依職權向相關機關、機構及人員取得與調查鑑定相關之資料及採取必要之調查行為。三、航空器失事及重大意外事件調查工作之研究及發展。四、與世界各國飛航安全組織之協調及聯繫。五、其他機關委託本會處理之非屬民用航空器失事及重大意外事件。六、重大影響飛航安全事件之專案研究。本會設飛航安全組、失事調查組，辦理前項所列事項。」

¹⁴⁶ 行政院飛航安全委員會組織規程第 4 條。

¹⁴⁷ 行政院飛航安全委員會組織規程第 5 條。

第二款 經濟部貿易調查委員會

經濟部受理受害產業之調查及調查之組成係依據「貿易法」及「經濟部貿易調查委員會組織規程」(以下簡稱組織規程)貿易調查委員會之組織於貿易法第 18 條第 2 項明定為「貿易調查委員會」;另組織人員之聘派是依據上述「組織規程」相關規定辦理;其中並規定貿易調查委員會之組織職掌¹⁴⁸、委員組成方式及審議方式,故欲瞭解貿易調查委員會之調查機制可以從「貿易法」及「組織規程」著手。

貿易調查委員會之組成,依組織規程第 5 條規定:「本會置主任委員一人,由經濟部部長兼任,委員十二人至十四人,由主任委員就左列人員聘兼之:一、財政部次長一人。二、行政院經濟建設委員會副主任委員一人。三、行政院農業委員會副主任委員一人。四、行政院勞工委員會副主任委員一人。五、對產業、經貿、財稅或法律等富有研究及經驗之學者、專家八人至十人。前項第 5 款聘兼委員任期三年,期滿得續聘一次。本會聘兼委員為無給職,但得依規定支領交通費。」其成員除「政府機關代表」外,另有對產業、貿易、財稅或法律之專家學者,足見貿易調查會委員重視專業性。此外,在會議進行上,「本會每月召開委員會議一次,必要時得召開臨時會,由主任委員召開之。主任委員因故不能召集時,由主任委員指定委員一人召集之。委員會召開時,得邀請有關機關派員或專家列席。」

第三款 核能事故調查評議委員會

核能事故之調查及調查評議之組成,主要係依據「核子損害賠償法」及「行政院原子能委員會核能事故調查評議委員會設置辦法」(以下簡稱設置辦法),核能事故調查評議委員會之組織於核子損害賠償法第 32 條第 2 項明定為「核能事故調查評議委員會」;另外組織人員之聘派係依據上述「設置辦法」相關條文辦理,其中並規定核能事故調查評議委員會組織職掌¹⁴⁹、委員組成方式、聘派

¹⁴⁸ 經濟部貿易調查委員會組織規程第 2 條:「經濟部貿易調查委員會(以下簡稱本會)掌理事項如左:一、關於貿易法第 18 條第 1 項規定產業受害之調查。二、關於前款調查之審議、受害之認定及擬採救濟措施之建議等事項。三、關於貿易法第 19 條規定損害之調查事項。四、關於貨品進口救濟之諮詢事項。五、關於貨品進口救濟事務之研究事項。」

¹⁴⁹ 行政院原子能委員會核子事故調查評議委員會設置辦法第 3 條:「本委員會之任務如下:一、核子事故之認定及其原因之調查。二、核子損害之調查與評估。三、核子事故賠償、救濟及

與審議方式，故欲探究核能事故調查審議可從核子損害賠償法及核能調查評議委員會設置辦法著手。

核能事故調查評議委員會的組織，依設置辦法第 4 條規定：「本委員會本委員會置委員十三人至十七人，由本會主任委員聘請下列機關代表及專家學者組成之：一、本會四人至五人。二、行政院所屬相關部會四人至五人。三、發生核子事故所在地地方政府一人至二人。四、專家學者四人至五人。前項委員均為無給職。」足見核能事故調查重在地性與專業性之考量。在會議的進行上，「本委員會非有全體委員過半數之出席不得開議，非有出席委員過半數之同意不得決議。本委員會開會時，委員應親自出席。但由機關代表兼任之委員，如未能親自出席時，得指派代表出席。前項指派之代表列入出席人數，並參與會議發言及表決¹⁵⁰。」

第四款 小結

我國法制上對於重大事故之發生依法成立之調查會委員會相較於其他類型之委員會並不多見，茲表列並小結如次：

表 4-6 調查委員類型表

調查委員會 (委員)	類型化	法令依據
	飛行安全調查委員	飛航事故調查法第 3 條
	經濟部貿易調查委員	貿易法第 18 條第 2 項
	核能事故調查評議委員	核子損害賠償法第 32 條第 2 項

製表／作者

善後措施之建議。四、核子設施安全防護改善之建議。五、前四款調查、評估及建議報告之製作。」

¹⁵⁰ 行政院原子能委員會核子事故調查評議委員會設置辦法第 10 條。

第七項 評鑑與鑑定委員

第一款 鑑定與評鑑之概念

鑑定係對於事實未臻明確時，藉由具有「特別專業知識與經驗之人」對事實部分作「認定」，鑑定強調必需具備特別之學識經驗，並且有一套客觀公正的流程可遵循，隨著社會型態多元與專業，新興事務不斷出現，對「專業」的需求即愈渴望。行政機關亦復如是，諸如車禍肇事責任之歸屬、商業機密的保護、建築物倒塌之原因、火災原因之調查、醫療糾紛中病人死亡之成因，或有毒化學物質暴露所引起之傷害，甚至大學辦學的良窳……等事務，行政機關礙於人力、專業上之不足，引進鑑定或評鑑制度，於機關擔任鑑定工作之人稱為「鑑定人」或「鑑定委員」（或評鑑委員），我國行政程序法第 41 條規定：「行政機關得選定適當之人為鑑定，以書面為鑑定者，必要時，得通知鑑定人到場說明」¹⁵¹。於機關應聘之鑑定（或評鑑）委員須具備以下特色，首先須具備專業學識與技術，否則無以就複雜之事實做出認定。其次，鑑定人須具備中立性及公正性；再者，鑑定人係針對事實的真相而不涉及法律效果之決定，但不容否認，鑑定結果對於法律效果之決定有關鍵之影響。

然而，在糾紛處理之過程中亦會因為鑑定人之因素，而造成認定事實之不公，故鑑定困難之處在於究竟應選任幾個鑑定人，若彼此意見相左該如何處理，故鑑定常見之困擾即「一個案子應該有幾個鑑定人？」選任之鑑定人應否事先公布或當事人同意？這些都是尚待克服的難題，本文認為解決之道即透過立法價值的選擇明定於相關法規之中以杜爭議。

¹⁵¹ 相較於此，我國民事訴訟法第 324 以下亦有鑑定之規定；鑑定人係補充法官專門知識及判斷能力之輔助機關；此外，英美法上有所謂「專家證人」（即鑑定人），美國聯邦證據法 702 條款規定，具備特殊知識、經驗或是受過一些訓練、教育，而足以在科學技能或其他方面協助法院了解證據及爭議事實的決定即具備專家證人之資格，而該專家證人所提供之證詞的方式，為意見或證詞或其他皆為法院所允許。關於「專家證人」文獻，請參賴芳玉，談專家證人，載於律師雜誌，253 期，89 年 10 月，頁 79~95；Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，從加州觀點談專家證人（鑑定人）載於全國律師 9 月號，頁 58 以下；蘇麗滿，美國專家證言的證據能力的案例發展，載於刑事法雜誌第 49 卷第 3 期，頁 32 以下。

第二款 我國有關評鑑與鑑定委員會（委員）

我國行政機關內部亦不乏有評鑑或鑑定委員會之設立，例如大學第 5 條第 2 項規定：「教育部為促進各大學之發展，應組成評鑑委員會或委託學術團體或專業評鑑機構，定期辦理大學評鑑...」；又依據電子遊戲場業管理條例第 6 條第 3 項之規定訂有「電子遊戲機評鑑委員會組織要點」。另外，評鑑委員如內政部消防署為提昇火災原因調查與鑑定之技術及品質，使火災原因調查鑑定更為公正及客觀，確保民眾權益，依據內政部消防署組織條例第 15 條之規定，設置內政部消防署火災鑑定委員會¹⁵²；又行政院勞工委員會為鑑定勞工職業疾病，依該會組織條例第 24 條規定設有職業疾病鑑定委員會¹⁵³；此外，醫療法第 98 條，中央主管機關（行政院衛生署）應設置醫事審議委員會，依其任務之一，即司法或檢察機關之「委託鑑定」（該條第 1 項第 4 款）¹⁵⁴，其中審議委員，應就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例不得少於三分之一（參同法第 100 條）。茲表列如次：

表 4-7 評鑑、鑑定委員類型表

	類型化	法令依據
鑑定或評鑑委員	大學評鑑委員	大學法第 5 條第 2 項
	電子遊樂機關評鑑委員	電子遊戲業管理條例第 6 條第 3 項
	消防署火災鑑定委員	消防署組織條例第 15 條
	職業疾病鑑定委員	勞工委員會組織條例第 24 條
	醫事審議委員	醫療法第 98 條

製表／作者

從我國上述評鑑委員會或鑑定委員會之設置可歸納出以下幾點特色：

- 一、其委員會組織設置之依據，評鑑委員會大都依據作用法之授權，而鑑定委員會則來自於組織法，但亦有例外¹⁵⁵。
- 二、評鑑或鑑定須有一套客觀公正的運作模式，須事先讓受評人知道其流程以

¹⁵² 內政部消防署火災鑑定委員會設置要點第 1 條。

¹⁵³ 行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會組織規程第 1 條。

¹⁵⁴ 例如醫學之鑑定規定於醫療法第 98 條～100 條。

¹⁵⁵ 醫事審議小組之任務如次：（參醫療法第 98 條第 1 項）；第 4 款司法或檢察官機關之委託鑑定。

杜絕黑箱作業，此亦為對抗「濫用專業」的方法。

第三款 鑑定與評鑑委員問題檢討與評述

以下本文將選擇在法律上較具爭議之問題，亦即以高等教育評鑑制度作為論述中心，並就其成員（委員）相關之法律地位做相關之分析說明。

第一目 高等教育評鑑之組織與依據

近年來由於大學的廣設導致進入大學之門檻超低，引發社會大眾對大學教育品質之低落與隱憂，同時由於出生人口遞減，大學數量供過於求，為避免造成高等教育水準之下降，教育部除對於新設學校及系所名額控管外，亦實施了大學評鑑制度。

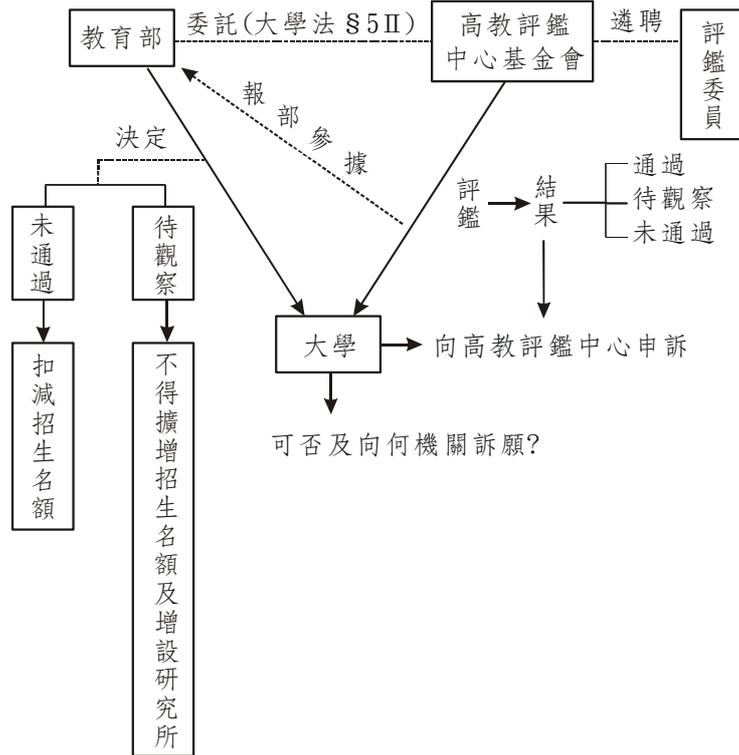
大學法第 5 條第 2 項規定：「教育部為促進各大學之發展，應組成評鑑委員會或委託學術團體或專業評鑑機構，定期辦理大學評鑑，並公告其結果，作為政府教育經費補助及學校調整發展規模之參考；其評鑑辦法，由教育部定之。」又大學評鑑辦法第 8 條規定：「受評鑑大學對評鑑結果所列缺失事項，應依規定期限積極改進，並納入校務規劃；對未能改進事項，應提出說明。改進結果列為下次評鑑之項目。本部得以評鑑結果作為核定調整大學發展規模、學雜費及經費獎助、補助之參據。（第 1 項）前項所定調整大學發展規模，包括增設、調整院、系、所、學程、招生名額及停止招生等事項。（第 2 項）」

雖然大學法第 5 條第 2 項規定教育部應設「評鑑委員會」或委託學術團體或專業評鑑機構，定期辦理大學評鑑，唯我國現行實務運作教育部並未設有「評鑑委員會」，而係委託專業評鑑機構即「財團法人高等教育評鑑中心基金會」¹⁵⁶辦理大學評鑑。

¹⁵⁶ 為落實管控高等教育之質量、獎補助之分配及退場機制之建立，教育部於 2005 年委託「財團法人高等教育評鑑中心基金會」辦理高等教育評鑑工作，成立之初，由教育部補助 1,500 萬元，其於由各大專院校集資 1,530 萬元（全國 153 所大專院校各出資 10 萬元）共計 3,030 萬元，並於同年 12 月正式掛版運作。

高等評鑑中心係由董事會負責運作，置董事 15 人、監察人 5 人，掌理董事長之推選及解職，執行長選聘及解職，基金之籌措、管理及運用。董事會互選 1 人為董事長，綜理會務。董事會之下設有諮詢委員會，並置執行長 1 人，執行評鑑工作。另設置綜合業務處、評鑑研究處及評鑑業務處，分別掌理庶務、評鑑業務之規劃與執行及教學評鑑、研究評鑑、方案評鑑機制及指標研擬等相關事宜；資料來源：財團法人高等教育評鑑中心基金會，<http://www.heeact.org.tw>，造訪日期 2008.6.2。

於此值得思考者係教育部與「財團法人高等教育評鑑中心基金會」之法律關係為何？雖然大學法第 5 條第 2 項規定為「委託」而高等教育評鑑中心基金會為一財團法人是否即屬行政法上之「行政委託」(或稱受託行使公權力)而將「高教評鑑中心」視為行政機關？此外高教評鑑中心所聘請之「評鑑委員」與教育部有無關係？凡此均值得進一步推究，茲先就相關議題爭點圖示並說明如下：



製圖／作者

圖 4-2 大學評鑑法律爭點圖

近年來由於新興事務不斷出現，國家在履行傳統任務時由於人力、物力有限常會引進「私人或私人團體」介入國家事務，其型態依介入程度之深淺，依序為公權力委託（行政委託）專家參與及行政助手等概念，而教育部依大學法第 5 條第 2 項委託「高教評鑑中心」應非行政委託與行政助手而係「專家參與」，茲說明如次：

一、教育部委託高教評鑑中心應非「公權力委託」

依行政程序法第 16 條規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政

府公報或新聞紙。第一項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」而學理在闡述公權力委託之概念時成認須具備以下特徵；其一，須有作用法之授權，其二，須以受託者之名義為之並作成處分，雖然高等教育評鑑中心係依大學法第 5 條第 2 項受教育部之「委託」，但此「委託」並非「行政委託」蓋同條項後段規定其公告之結果，僅作為政府教育經費補助及學校調整發展規模之參考，依此高等評鑑中心評鑑結果，僅係作為教育部之參並無強制力，依此「高等評鑑中心」並無法以自己名義直接對受評鑑之大學作為處分，蓋「通過」「未通過」「待觀察」亦僅是評鑑之結果，故此雖名義「委託」，但非行政程序法之「行政委託」¹⁵⁷。

二、高等教育評鑑中心是否為教育部之「行政助手」

行政助手係機關手臂之延長，在機關之指揮監下視為機關之工具，在名義及執行上並無法獨立運作，僅係分擔機關之勞務（或純屬肉體上或物理上的工作），高等教育評鑑中心之評鑑委員係以其專門學術及知識經驗對於大學高等教育品質之良窳，依客觀之標準作出獨立的判斷，並將其判斷之結果作為教育部監督各大學之參考，顯見在執行評鑑事務上，高教評鑑中心具有執行之獨立性，但對於各大學之監督係以教育部之名義，此非「行政助手」可比。

三、高等教育評鑑中心應屬於「專家參與」

前述行政助手介入公權力行使係強調技術或勞務上之協助並無國家授權可以獨立行使公權力，與「公權力委託」並不相同，但介於公權力委託與單純協助之間，有一種介入國家公權力之型態者係「專業參與」，隨著專業化與多元分工化社會的來臨，國家引進具有專門職業或技術之人員，分擔國家事務該等專業人士，在執行職務上具有完全的獨立性，但在名義上卻以行政機關為之，此等模式成為行政法上值得研究的課題¹⁵⁸。於此應討論者係「專業參與」究竟應否列為「公權力委託」之類型？或屬「行政助手」？或可為獨立之類型。

一般學者所稱之專家參與，係指國家將某特定事務全權委託民間專家獨立

¹⁵⁷ 反對見解，黃俊杰，大學評鑑之性質，載於月旦法學教室第 73 期，頁 24～25，該文認為係「行政程序法第 16 條之行政委託」。

¹⁵⁸ 晚近，亦有文獻開始注意此一現象，相關文獻請參閱，黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督－簡評台中地方法院 90 重國字第 5 號判決，載於台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月，頁 200 以下。

執行，再根據該民間專家之決定以國家名義作成最後之決定¹⁵⁹。在此民間專家作成之決定不僅不是最終的，並且對行政也沒有拘束力，然通常行政都會加以尊重。事實上，專家參與依其不同角度分類，類型不一，有長期參與（如發給聘書有一定任期）亦有個案參與者，前者諸如國家機關內部設立的諸多委員會的委員，其係以專家學者社會公正人士之身分應聘參與國家事務之運作，如訴願委員會之外聘委員，國家賠償委員會之外聘委員，後者係針對個案以其專業介入，如行政程序法第 41 條所稱之鑑定人所為之鑑定報告。

教育部委託高教評鑑中心係將某特定事務（大學評鑑）委託民間（高等教育評鑑中心係私法人性質的財團法人）獨立執行，教育部再依據該評鑑結果（通過、未通過、待觀察）以「教育部」之名義對各大學作出決定，其中評鑑結果為「待觀察」之系所不得擴增招生名額及增設研究所；「未通過」者則扣減該系所各學制招生名額總量 50%。且次年需接受追蹤評鑑，若仍未獲通過，該系所必須停止招生。另依「大學校院增設調整院系所學位學程及招生名額總量發展審查作業要點」第 5 點第 3 項第 2 款規定：「學校院、系、所學位學程辦理成效經本部核定或委辦之計畫，最近一次評鑑未達標準者，本（教育）部應依情節輕重予以減招或停招」。

依上述分析教育部依大學法第 5 條第 2 項委託財團法人高等教育評鑑中心基金會應屬於學理所稱之「專家參與」¹⁶⁰於此須進一步說明者，一般專家參與大都由行政機關聘請專家學者或公正人士，但大學法以法律委託學術團法或機構，其中之「評鑑委員」係由財團法人高等教育評鑑中心基金會、董事會聘任並非由教育部聘任¹⁶¹。

¹⁵⁹ 許宗力；論行政任務民營化，收於翁岳生教授祝壽論文集，當代公法新論（中），台北，元照，2002 年 7 月初版 1 刷，頁 588。

¹⁶⁰ 事實上專家參與國家事務在發展上勢不可免，以新近成立之智慧財產法院（2008 年 7 月 1 日）關於智慧財產案件之審理，增列了民刑事及行政訴訟未有之規定，其中技術專家參與訴訟即其中之一，參司法週刊 1390 期第 1 版，2008 年 5 月 22 日。

¹⁶¹ 由何機關聘派將會發生法律上身分地位認定之不同，若由教育部係機關，但若由高教中心則係私法人團體。

第二目 評鑑委員之遴聘及其評述

一、評鑑委員之遴聘

依「財團法人高等教育評鑑中心基金會系所評鑑學門召集人及規劃委員暨評鑑委員遴聘要點」之規定，評鑑委員必須具有副教授教上資格及曾當過主管，並經講習訓練。除此而外，同時採對國外徵求，以及線上主動報名方式，以廣徵人才。又為落實評鑑之公平及專業性，實地訪評之前，高教評鑑中心將先行公布委員名單，系所訪評委員的建議名單是由學門召集人及規劃委員推薦，經董事會同意後並參與評鑑講習後聘任之。

評鑑委員之任期 1 年，期滿後得經董事會通過續聘之。又高教評鑑中心為防止評鑑委員利益輸送，訂定諸多利益迴避條款，又評鑑委員均簽署不接受關說、饋或招待的保證書，如果受評系所向評鑑委員關說，成績將扣分。各系所若發現有委員應利益迴避或專長與該系所不服者，可申請除名，惟最後仍由高教評鑑中心決定。

二、評述

制度之良窳端賴於人的執行、評鑑制度能否發揮其提昇高教品質，繫於評鑑委員之遴選，從過去的大學評鑑制度（Evaluation system）學者指出有以下幾個缺點¹⁶²：(一)召集委員之所以被擇定為召集人之理由及過程並不公開；(二)召集人透過自己的人脈網絡尋找下屬委員；這二者都會讓委員限縮在既有的人脈圈子裡；(三)委員對於評鑑之經驗學養不足；(四)委員自我主觀意識過強或委員不清楚評鑑之真義等。儘管歷次評鑑都會為委員召開行前講習，說明一些注意事項，或陳述評鑑倫理，說明評鑑迴避，甚至編印有評鑑有評鑑手冊供作依循，但因為不具強制性，只稱得上是善意提醒或道德勸說，並不具太高效力。

事實上愈強調「專業的社會」專家的主觀意識一定更強，此種不能改變的事實只能透過操作模式或法令規章加以導正，例如將評鑑之過程標準化，制度一套 SOP（Standard Operation Procedure）並嚴格執行，從技術而減少人為的操作，至少外觀上趨向可期待的公正。

晚近，由財團法人高等教育評鑑中心基金會承辦之「大學校院系所評鑑」，

¹⁶² 湯堯，台灣高等教育評鑑制度的實務，載於教育政策論壇 10 卷 4 期，2007 年 11 月，頁 5。

已針對此現象有較大幅度的變化，評鑑委員除了由學門召集人推薦之外，亦會透過評鑑中心董事會成員進行引薦，其中包括大學教授與業界代表，其目的即強調大學校院系所評鑑委員乃來自全方位的遴聘與邀請，透過擴大評鑑委員人才來源，建立完整的評鑑人才資料庫，以備評鑑所需，方能使評鑑工作更加公正、客觀、超然。

第八項 典試委員

我國與其他西方三權分立之憲法最大之特色在於憲法設有考試院（參 83 條～89 條；憲法增修條文第六條）及監察院（參 90 條～106 條；憲法增修條文第 7 條）；考試權之所以為我國憲法所採納應係孫中山先生思想之影響；孫中山先認為考試權應獨立於行政權之外顯係受外國影響，尤其是美國所盛行分贓制度「spoils system」之弊害¹⁶³，為辦理考試程序及手續之依據，我國訂有典試法做為規範，蓋考試為國家掄才大典，為維持考試制度之尊嚴、公平、公正與尊嚴，自應符合法治國家之要求。

依典試法規定，典試設典試委員會，以典試委員長、典試委員、考選部長等組成。典試委員由考選部商同典試委員長遴提人選，報請考試院院長核提考試院會議決定後聘用之，其職權主要為舉行考試時之命題、閱卷、口試、測驗、實地考試等有關試務事項¹⁶⁴。茲就典試委員會之組織、成員及行為規範說明如下：

¹⁶³ 所謂分贓制度係美國在選後安插競選有功人員擔任各政府職位，人數甚多，此分贓制度一直到 1881 年美國總統 James A. Garfield (1831～1881) 被一位選舉有功者因求職不成竟遭刺殺後，國會才於 1883 年通過一個「文官制度規範及改革法」(A Bill to regulate and improve the civil service of the United States)，這個被稱為「潘德頓法」(Pendleton Act) 並設立一個「文官委員會」(Civil Service Commission)，開始實施考選性質的「功績制」，所謂功績制 (merit system) 係任何文官須通過考試取得證書方得任職，源自於英國，於 1870 年國會即通過法案決議，不過在美國績效甚微，依考試進用的聯邦公務員僅占全國聯邦公務員的百分之十。潘德頓法日後成為美國文官制度的準據法。直到 1950 年以後，依該法進用的公務員，已達全部之百分之九十。參見：彭錦鵬，美國聯邦公務員法制概述，刊載：公務員基準法之研究，行政院研究考核發展委員會編印，1990 年 4 月，第 386 頁以下；陳新民，憲法學釋論（修正 5 版），2005 年 8 月，頁 751。

¹⁶⁴ 典試法第 2 條、第 3 條、第 10 條及第 11 條。

第一款 典試委員會之組織與成員

典試法第 3 條規定：「典試委員會由下列人員組織：一、典試委員長。二、典試委員。三、考選部長。」同法第 4 條第 1 項規定：「典試委員長¹⁶⁵，由考試院院長提經考試院會議決定後，呈請派用。」同法第 4 條第 2 項規定：「典試委員由考選部商同典試委員長遴提人選，報請考試院院長核提考試院會議決定後聘用之。」有關典試委員之資格依其不同考試類別。

典試法之規定¹⁶⁶包括：專科學校以上之教授、副教授、助理教授、講師以及從事專門職業及技術工作，對有關學科富有研究，成績卓著者，顯見學校之教師（不分公立或私立）以及專技人員亦以其專業受聘參與國家考試工作，其職責包括¹⁶⁷出席典試委員會議、主持分區考試事宜、主持或擔任試題命擬、試題疑義處理及試卷評閱之有關事項、主持或擔任著作或發明或知能有關學歷經歷證明之審查事項、主持或擔任口試、測驗或實地考試事項。

此外，各種考試之命題、閱卷、審查、口試或實地考試，除由典試委員擔任者外，必要時，得增聘命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員辦理之。增聘之委員，其聘用程序與典試委員同；其資格分別適用典試法第 6 條至第 8 條之規定。其職責包括：命擬試題、評閱試卷、審查試題、著作或發明、知能有關學歷經歷證明、擔任口試事宜、擔任測驗、實地考試事宜。

第二款 典試委員之行爲規範

典試委員之職責為辦理各項考試，其過程尤重公平與公正與守密，故對於典試委員之行爲規範與一般參與國家事務的委員相同須有高度之規範方足以確保考試之公正性，從典試法之規定可知典試委員有下列諸義務須遵守：

第一目 客觀公正之義務

典試法第 24 條規定：「閱卷委員應依據法定職權，運用其學識經驗，就應考人之作答內容為客觀公正之衡鑑。閱卷開始後，如發現評閱程序違背法令或

¹⁶⁵ 關於典試委員長之資格與職掌參典試法第 5 條及第 14 條。

¹⁶⁶ 典試法第 6 條及第 7 條。

¹⁶⁷ 典試法第 15 條。

有錯誤或評分不公允或寬嚴不一時，得由分組召集人商請原閱卷委員重閱。必要時，得由分組召集人徵得典試委員長同意後，另組閱卷小組評閱之。」

第二目 迴避之義務

典試法第 26 條規定：「經遴聘之典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員、實地考試委員，於其本人、配偶、三親等內之血親、姻親應考時，對其所應考試類科有關命題、閱卷、審查、口試、測驗、實地考試等事項，應行迴避。參與題庫試題命擬與審查者，於報名參加該類科考試時，應主動告知考選部。違反前二項規定經發現者，爾後不予遴聘。」

第三目 守密之義務

典試委員及命題委員所命試題，應以密件送典試委員長¹⁶⁸。另外，典試委員長、典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員、實地考試委員及其他辦理考試人員應嚴守秘密，不得徇私舞弊、潛通關節、洩漏試題；違者依法懲處，其因而觸犯刑法者，加重其刑至二分之一¹⁶⁹。

¹⁶⁸ 典試法第 18 條第 1 項。

¹⁶⁹ 典試法第 28 條。

第五章 機關外聘委員之權利義務

第一節 外聘委員之遴聘

外聘委員與國家發生關係首需有一個中介的法律行為，我國法制上或謂聘兼¹或謂遴聘²或謂聘用³不一而足。行政機關對於外聘委員之遴聘行為，究係公法行為或私法行為？攸關後續討論外聘委員之權利義務及責任，此在我國採公私二元主義分立下尤其有其實益。

一般說來，公務員與國家之任命關係為「公法上職務關係」⁴，而為特別法律關係的一種，但外聘委員非傳統公務員法制下之人員，而係由作用法、組織法或設置要點規定私人（專家、學者、社會公正人士）介入參與國家公共事務之人員，對於渠等與國家之關係可否與公務員等同視之，究係公法或私法關係頗生疑義，對此涉及到公法與私法學說之爭議。

¹ 採購評選委員會組織準則第 4 條規定：「本委員會置委員五人至十七人，就具有與採購案相關專門知識之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於三分之一。前項人員為無給職；聘請國外專家或學者來臺參與評選者，得依規定支付相關費用。第一項外聘專家、學者，應自主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關所建立之建議名單遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定。前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。第 3 項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由機關首長聘兼之。」

² 行政院及各級行政機關訴願審議委員會組織規程第 4 條：「訴願會置委員五人至十五人，其中一人為主任委員，由機關首長就本機關副首長或具法制專長之高級職員調派專任或兼任；其餘委員由機關首長就本機關高級職員調派專任或兼任，並遴聘社會公正人士、學者、專家擔任；其中社會公正人士、學者、專家不得少於委員人數二分之一。委員應有二分之一以上具有法制專長。」

³ 典試法第 4 條第 1 項：「典試委員長，由考試院院長提經考試院會議決定後，呈請派用。」

⁴ 91 年 10 月考試院版之公務人員基準法第 9 條規定：「公務人員自就職之日起，與國家發生公法上職務關係，並依法行使權利及履行義務。」

第一項 外聘委員遴聘法律性質

第一款 公／私學說之爭議

公法與私法是否須絕對區分，這個問題是談論公法與私法區別之前提，從法律的演進看來，這並不是一個絕對的命題而係相對的，關於法律應如何分類，是法律學上的一個基本概念，但卻是一項極為困難的挑戰，這個爭論從過去迄今一直存在，原因是我們原本就將法律視為公法與私法二類，事實上學說的論爭尚不止於此，茲將法律之分類學說說明如次：

第一目 法律之分類（公法與私法有無區別必要）

關於法律應如何分類，學說約略有以下幾種：

一、法律一元論

法律一元論之代表學者（凱爾生）與 Franz.Weyr（威雅）。Kelsen 氏於所著二篇文章，展現其否定公法與私法區別之理念⁵，茲整理其論點如次：

(一)通說認為國家與人民為法律上之統治關係、國家為優越主體，因而有公法與私法之區別，但 Kelsen 認為國家與人民間是事實上支配關係而不能法律探求，所以否認法律的構成，氏主張一切法都是國家法之代表。進而主張國家與人民間並非權力支配關係而是權利義務關係。

(二)另一學者 Franz.Weyr（夫倫滋·威雅）氏認為將法體系區分為公法與私法不但無實益，反而妨害統一體系的法律學發達，其論點為⁶：

1. 法治國家與舊時代的權力國家不同，在國家之下有許多各種公共合作，而這些合作都與私人極為相似，甚難區別。
2. 氏進而主張法學上之問題應只有適合目的與否才是問題，而區別公法與私法不合目的，故為求法律學發達目的，應予廢除此區別。

⁵ Hans Kelsen 氏於 1911 年及 1913 年分別發表了國家法學的主要問題及論公法的法律行為說兩篇，參美濃部達吉著，黃馮明譯，公法與私法，台灣商務印書館，1988 年 5 月 3 版，頁 6、9。

⁶ 美濃部達吉，同前註，頁 13～14。

二、法律二元論

法律二元論係將法分為公法與私法，此說可謂係自羅馬法以來的傳統，雖然反對聲浪不小，但學者認為基於以下理由仍予維持⁷：

- (一)公私法區別由來已久，影響甚深，各種立法之際，雖未標明公法、私法，然立者立法之時，執行者適用法律無形中皆以公法、私法為前提。
- (二)在採司法二元主義的國家，其審判權之劃分係以公法與私法為判別，若否定其區分，勢必造成裁判管轄權劃分之困難。

三、法律三元論

此說係在公私法二元之外尚創有社會法，亦即此種團體不是統治團體之一部分，在國家組織之外，別具特色，那麼規範該團體利益之法，即為「社會法」並與公法與私法相對立，其主要論點認為隨著社會之演進，有些事務並非公私法二區說可以處理，諸如公用事業之各種制度包括郵政、水電、電信、鐵路，原為國家為增進公益之目的，而經營私人可以經營的事業，依其本質，並非當然公權力、業務關係是私法組織上有些是公法組織，晚近引領世界風潮之民營化後，其國家與人民關係究係為何更非公私法可以解決的。

對於上述法律之分類，近代學者通說採二元論，亦即將法律分為公法與私法，於此便產生一個問題，即然承認法分為「公法與私法」那麼，如何區分，其標準為何？又區別之實益何在？便成為有繼續討論之實益。

第二目 公法與私法之區別標準

關於公法與私法之區別標準，從文獻之載述看來，並不是現代才有爭論，在美濃部達吉氏之大作「公法與私法」一書中，就曾說明關於這個爭點之學說有十七種之多，可見其複雜之一班。

本文試圖整理「前現代學者」與「後現代學者」所發展出來的學說加以簡單介紹—

⁷ 吳庚，行政法理論與實用（10版），2005年8月，頁28；劉宗德，公法與私法之區別，載於行政法爭議問題研究（上），台灣行政法學會主編，五南出版，2000年12月初版1刷，頁11。

一、文獻上學說共同論述

筆者查閱早期文獻⁸，對於公法與私法區別之學說不僅是行政法上問題亦是法學所關心者，區別公法與私法學說從過去以迄現在未曾改變者有，以下幾說：

(一)主體說：

以法律所規定之主體區別公、私法。倘法律所規定者為國家與其他公法人間，及國家或公法人與人民或私法人間之法律關係，為公法；如規定人民或私法人間之法律，則為私法。

(二)利益說：

公法乃關於公共利益之法，公共利益由國家或其他公共團體為代表；私法則關係個人利益之法。

(三)權力說：

法律所規定者為不平等之權力服從關係，一方有強制他方服從之權力者，為公法；規範平等關係者為私法。

二、後現代學者新增之區別標準

早期法學文獻論述公法／私法之區別標準有主體說／利益說／權力說已如上述，然而隨著學術研究的不斷創新，有陸續新的區別標準並有取代傳統學說之趨勢，茲介述如次：

(一)新主體說（neuerer Subjekts theorie）

新主體說又稱特別法規說，判別公法與私法係以其適用之主體，公法係公權力主體或其機關所執行之職務法規，其賦予權限或科予義務之對象僅係公權力主體或機關而非任何人；私法係對任何人適用均有可能發生權利義務⁹。

此說為 H.J.Wolff 首創，其認公法一詞係高權主體為法條所完成權利義務之歸屬主體的法源，反之任何人均可適用之法制則為私法。

(二)新特別法規說（新·新主體說）

⁸ 美濃部達吉，前揭書（註5），頁22～40；韓忠謨，法學緒論，1984年再版，頁33～39，林紀東，法學緒論，台北，五南，1996年10月，初版20刷，頁37～43。

⁹ 吳庚，行政法理論與實用（增訂10版），作者自版，2007年8月，頁29。

此說係對特別法規說(新主體說)之修正,學者 H.G.Wilke 及 F.Kopp 先後提出修正,氏等認為:立法者於立法之際,若基於公共利益之維護,將特定之範圍或某項規定從一般法律規範,即私法中分離,而成爲特別法規,即爲公法。

(三)輔助標準之運用

我國學者吳庚教授在諸多判別學說之外,提出二項輔助標準即傳統說與事件關聯說¹⁰,傳統說認為,除法律有新規定或約定成俗或變更往例之司法判解外,皆遵循約定成俗之規範,我國大法官解釋第 518 號,即基於傳統說而認定其爲私法關係;另事件關聯說即某一事件中一部分事實關係,明顯屬於公法關係者,事件整體均視爲公法關係。

從上述區別公法與私法之學說可知,判斷事件之屬性確實不易,本文以下將整理我國學者對此問題之見解並表列如次:

表 5-1 公法與私法學說區分表

學者代表	所採學說及論點	資料來源
吳 庚	◎除學說所採之利益說/從屬說/舊主體說/新主體說/新特別法規說外另創輔助標準即傳統說與事件關聯說。	◎氏著行政法理論與實用(九版),頁 29~30。
劉宗德	◎氏認為不妨單從「法規適用之基準決定」及「裁判管轄之基準決定」二方面考量公法與私法區別之實益。	◎公法與私法之區別,收於行政法爭訟問題研究(上),頁 194,(五南)。
陳 敏	◎介述主體說/利益說/權力說/歸屬說(修正主體說、特別法說)/實質之特別法說(原來之特別法說稱爲形式之特別法說),未明顯採何說。	◎氏著行政法總論,(三版),頁 31~33。
黃錦堂	◎介述利益說/權力說/舊主體說/修正主體說(歸屬說、特別法規說)並認爲公法與私法之區別,固然有源自於西方之上述學說,以我國言,行政部門擁有太多特權,於相關法制並改正前,爲保障人民權利,宜擴大私法認定,至於未來則回到外國標準。	◎行政法之概念,起源與體系刊於翁岳生主編,行政法二〇〇〇(上冊),頁 81 以下。
林騰鵠	◎公私法區別已由側重在靜態組織上之公權力,主體而著重動態的公權力行使作用之「修正主體說」成爲現行德國、日本學界廣泛運用,亦爲我國學	◎氏著,行政法總論,頁 28,(三民)。

¹⁰ 吳庚,前揭書,(註 9),頁 29~30。

	者所廣泛運用。	
李惠宗	◎介述利益說／主體說／修正主體說，並認為修正主體說係現行德、日通說，判斷重點在於動態的公權力行使作用之法，而非如主體說在靜態。我國對上等學說採擇尚未臻於穩定。	◎氏著，行政法要義，頁 13～16。
李建良	◎公法與私法區別問題大致可分二個面向：一是法律條文屬性之界分；二是法律事件性質之認定，前者係以法律規定本身作為檢視之對象，判斷其屬性，後者是針對法律事件之性質予以認定，其觀察是實際所發生之事件。	◎氏等著，行政入門，頁 27，(元照)。
陳新民	◎介述利益理論／服從理論／特別法理論／修正特別法理論。 氏並認為，行政法是強調原本國家基於達成行政目的反映公意志，或基於公權力所實施給付制……故修正特別法理論，較為可採。	◎氏著，行政法學總論，頁 65，(修訂七版)。

第三目 本文之見解

對於上述公法與私法有無區別及其標準如何，本文採取公私法二元論，蓋法律本是實用科學，學術可以論證辯說，但終究須回歸“實用”以目前我國法制及實務運作的角度，法律一元論及三元論似乎較無空間，反倒是公法與私法二元論之區別逐漸形成共識其區別實益。事實上公法與私法之區別不僅只是涉及審判權的問題，尙有其本質上區別之實益，然而吾人必須承認的是，上述公私法學說之爭議是否真能解決現代社會層出不窮的新興問題¹¹，公私法區分實益之一即審判權及訴訟途徑之選擇，此觀之我國司法院解釋自明¹²，學界更是努力不懈地想找出一個最圓滿之學說，但似乎還有一段遙遠的路¹³。

¹¹ 尤其是私人介入公共服務領域、政府委外辦理業務、營建法規之委託專業技師等問題。

¹² 司法院對於公私法事件之解釋自民國 50 年起迄今計有釋 89 號、115 號、128 號、305 號、308 號、348 號、386 號、448 號、466 號、473 號、515 號、518 號、524 號、533 號、540 號、595 號、628 號 (96.6.22)，此為學界共同研究之結果。

¹³ 關於公法／私法二元區分的挑戰與反思，請參金白寧，公法／私法二元區分的反思，北京大學出版社，2007 年 7 月，頁 59 以下。

第二款 外聘委員遴聘之法律性質

從上述學說爭議可知，公法／私法之區分除了受歷史因素及時代演進外，法制規範亦扮演重要的決定關鍵，外聘委員之遴聘依其類型不同有須依法規(含法律及授權命令、行政規則)，而且外聘委員所參與之事務大都為公共事務，依上述公／私法區分之學說標準，國家(由機關首長代表)聘用外聘委員之行爲，其所參與之事務或為政策之擬定，或為業務之規劃執行，均為國家公共事務。

於此須進一步探究者係，機關首長遴聘外聘委員之行爲其性質為何？在學理上可尋繹者約有以下幾種，茲說明如次：

第一目 單方行爲說

國家聘(遴)用外聘委員，與任用公務員相同係機關首長代表國家片面作成決定即可發生法律效果，不需徵得外聘委員之同意，強調國家統治權力及公法關係上之優越性。

但此說顯然無法成立，如本文前所述，外聘委員係具有專業知識及公正人士等具有「榮譽職」之特色，雖然係「私人」參與國家事務，但是其並無義務，國家不得強制其參與。以政府採購為例，採購評選準則第4條第3項及第4項規定，專家學者評選委員之聘用係公共工程委員會會同教育部、考選部及其他相關機關所建立之建議名單遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定。「前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。」第3項擬外聘專家、學者，應經其同意後，由機關首長聘兼之¹⁴。」換言之，外聘委員之聘用仍須得到「專家、學者之同意」，故此說並不可採。

第二目 經受聘人同意之單方行政行爲說

此說係針對單方行爲說加以修正，認為外聘委員之聘用(遴選)係出自於國家之單方意思表示，然此種聘用行爲應以「受聘人同意為有效要件」，如上所舉政府採購評選委員之名單須經專家學者之同意後，始機關首長聘兼。此外，

¹⁴ 採購評選準則第4條第3項及第4項。

外聘委員（私人）無要求機關聘用之權利，亦不負有參與公共任務之義務，故當事人若不同意，國家之意思表示即無法發生效果，至於聘用以後國家對於外聘委員則有權加以變更或消滅。機關如發現擔任評選委員之專家學者有評選不公、接受廠商邀宴、收受不法利益或圖利特定廠商等影響採購公正之違法或不當行為情事者，亦得令其辭職或解聘¹⁵。

第三目 行政契約說

行政契約係指二以上之當事人就公法上權利義務設定變更廢止所訂立之契約，外聘委員與國家（機關）之關係是否為行政契約？我國學理對於國家以聘用方式晉用人員，有聘用人員聘用條例之適用，但其適用係以「各機關以契約定期聘用之專業或技術人員。其職稱、員額、期限及報酬、應評列預算、並列冊送銓敘部登記備查，解聘時亦同」（參該條例第 2 條），顯然外聘委員並非該法適用之對象，故學理上對於行政機關聘（僱）用人員聘約屬性之爭議¹⁶，並不適用於此。

行政契約說之觀點，基本上係認為外聘委員與國家（機關）間之地位係處於對等之地位，外聘委員（私人）並無負擔公共任務之義務，國家欲聘用令其服公務，須獲得其同意，故兩者係基於雙方當事人間意思表示之合意所形成的公法上契約並依契約內容履行，雖然須以外聘委員同意為前提，但無礙於雙方成立行政契約關係。

第四目 私法契約說

與前三說之觀點不同者係此說必須立於外聘委員與國家之關係為「私法關係」下之產物，此亦須針對本論點深入說明者，外聘委員之受遴聘無非本於其

¹⁵ 採購評選委員會審議規則第 14 條規定：「本委員會委員有下列情形之一者，應即辭職或予以解聘：

- 一、就案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益者。
- 二、本人或其配偶與受評選之廠商或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係者。
- 三、機關認為委員有不能公正執行職務之虞或有迴避之必要者。
- 四、委員認為自己有不能公正執行職務之虞或有迴避之必要者。
- 五、有其他情形足使受評選之廠商認其有不能公正執行職務之虞，經受評選之廠商以書面敘明理由，向機關提出，經本委員會作成決定者。」

¹⁶ 陳愛娥，行政上所運用契約之法律歸屬－實務對理論之挑戰，收於行政契約與新行政法，2002 年 6 月，元照出版，頁 125～126。

「專業上的知識或技術」其身分如前述係強調以私人身分介入國家公共任務，從外聘委員履行職務之內容以觀，其無非係將其專業技術及知識貢獻給國家與其受聘於一般民間機構並無任何差異。換言之，即便是國家機關所聘，也不會改變其係「履行專業之義務」，而非「行使國家公權力」本此以觀，外聘委員雖同意機關之聘任，但是與「私法契約」無殊；倘若，國家係借助外聘委員之專門知識及技術，透過與外聘委員簽約（不拘形式）之方式，以取得其庶務、專業或技術性人才，此係典型行政上輔助行為，據此所簽定之契約應屬「私法契約」之性質¹⁷。

第三款 本文見解

專家學者參與公共事務接受國家遴聘之行為究竟應如何定性？攸關法律之適用，如上所述，外聘委員與國家之法律關係可能有不同之學說，包括單方行為說，經受聘人同意之單方行政行為說，行政契約說與私法契約說。依本文如上之分析，外聘委員依其所參與公共事務之類別有不同之分類，若從行政之分類觀之，公共事務可分公權力行為與私經濟行為，如果外聘委員所參與為公權力行為（包括法效性與非法效力）應認為係公法上契約，亦即國家與外聘委員就參與公權力行為之公共事務而為之合意，不管其遴聘之基礎係依法令或依契約，一律均視為「行政契約」。至於如果外聘委員所擔任之公共事務係屬於「私經濟行為」，此時係處於與私人相同之地位。因之，國家與外聘委員之遴聘應屬「私法契約」。

第二項 外聘委員之遴聘要件

外聘委員受聘擔任各種委員會之委員，以其專門知識或技術或公正之形象為服務於國家，從現行法制（散見於各別組織法規）觀，大都僅以「專家」「學者」或「社會公正人士」作為其聘用之資格，並未進一步討論外聘委員之能力與資格之問題。換言之，外聘委員須具備何種條件始得受聘，其聘用之條件可分積極要件與消極要件，前者係必須具備之條件，後者係指不應具備之條件，亦即有消極要件即不得受聘為外聘委員。

¹⁷ 陳愛娥，同前註，頁 104。

第一款 積極要件

第一目 外聘委員應否具備中華民國國籍

公務員昔日與國家之關係強調忠誠順從，故於相關法律中¹⁸明定須具備中華民國國籍，至於雙重國籍人得否為公務員早期法制不完備，晚近公務人員任用法第 28 條 2 款規定具雙重國籍者不得任公務，近日修正的國籍法則採有限度之開放，列舉若干職務允許由雙重國籍者擔任¹⁹，諸如專司技術研究設計工作而以契約定期聘用之非主管職務²⁰；僑務主管機關依組織法遴聘僅供諮詢之無給職委員²¹；此外公立大學及研究機構之首長、副首長、研究人員等，以具有專家或特殊技能在我國不易覓得之人才且不涉及國家機密之職務者²²。

外聘委員與公務員不同，其係以專門知識技能服務於國家，本質上並不相同，現代科技有無國界之傾向，尤其科學電信、工程光學、奈米、積體電路等科技專業，有時須仰賴外國專家，若採嚴格解釋恐不符實際，我國法制上，公共工程委員會發布之採購評選委員組織準則第 4 條第 2 項「前項人員（外聘委員）為無給職；聘請國外專家或學者來臺參與評選者，得依規定支付相關費用。」²³顯見，外聘委員係以「專業性」為考量而非以國籍為必要之件，蓋若嚴格設限，將有礙於人才之延攬及科技交流，但亦不排除在國際間利益衝突或涉及國家機密之職務，對特定委員會之成員做特別之限制。

第二目 外聘委員應否具備一定學歷或專業證照

我國法制上之私人參與之委員會，其成員大都以「專家」「學者」「社會公正人士」等為遴聘之條件，除了學者、公正人士須具備一定學術研究地位²⁴及

¹⁸ 公務人員考試法第 7 條規定應考公務人員須具備中華民國國籍。

¹⁹ 國籍法第 20 條第 1 項但書，並參吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），2007 年 9 月，作者自版，頁 254；李震山，行政法導論（修訂 7 版），2007 年 9 月，台北，三民，頁 151～152。

²⁰ 國籍法第 20 條第 1 項第 3 款：「各機關專司技術研究設計工作而以契約定期聘用之非主管職務。」

²¹ 國籍法第 20 條第 1 項第 4 款：「僑務主管機關依組織法遴聘僅供諮詢之無給職委員。」

²² 國籍法第 20 條第 1 項第 5 款：「其他法律另有規定者。」

²³ 各機關聘請國外顧問專家及學者來台工作期間支付費用最高標準表。

²⁴ 事實上，學者亦為相當之廣泛與抽象。

社會聲望外，其中專家係以具備專門知識與技能服務國家之人，但以專家身分參與之外聘委員是否須具備一定學歷或專業證照頗值探討？我國法制有關專門職業及技術人員之執業，應依專門職業及技術人員考試法取得其資格，其中又有區分高考與普通考試之應考資中，針對高考須公私立大學或專科、普考須公立高中²⁵。換言之，要取得專業證照須具備有一定的學歷，兩者為必要條件。

然而學歷與專業是否可以劃上等號？晚近有所謂「學歷無用論」之譏，本文認為，法制上既以「專家」「學者」「社會公正人士」為規範對象，似有意授權行政機關就適合之人員遴聘之，而並不須具備一定之學歷及證照。

第三目 外聘委員須否有一定年齡之限制

日本審議會之改革計畫中，於附錄三審議會之運作方針中曾指示，除委員可以做到該負擔之職責外原則上不選任「高齡者」擔任委員，但其並未針對高齡者年齡究竟為何²⁶？但此規定被批評是缺乏實質效力之內容²⁷。

我國現行外聘委員之組織法規中，對於參與委員會之專家、學者或公正人士之年齡並無明文規定²⁸。外聘委員受聘於國家機關，其行為究竟僅係機關內部活動之一環或者可以獨立對外與他人發生法律關係？攸關其成員應否具備一定之能力，私人參與之委員會與委員（專家、學者、公正人士）係兩個不同之概念，前者可能為機關之內部單位²⁹，亦有可能為行政機關³⁰，而後者係自然人（此涉及未來討論外聘委員之責任），其行為能力攸關其所為法律行為之效力，外聘委員參與國家公共事務之諮詢、甄審、評選、調查、監督及爭議裁決等事

²⁵ 專門職業技術人員考試第 1 條、第 9 條、第 10 條。

²⁶ 日本，關於審議會縮減合理化基本性計畫附錄三第 2 點。

²⁷ 西川明子，審議會等・私人諮詢機關的現狀と論點，載於レファレソス，平成 19 年 5 月號（2007 年 5 月），頁 63～64。

²⁸ 相較於此，司法院於 2006 年 7 月 25 日提出之「專家參審試行條例」草案第 10 條即規定：「中華民國國民年滿三十歲，現在臺灣地區繼續居住六個月以上，具有相關領域之專門知識或技能，並於該特殊領域服務三年以上者，得為參審官。」

²⁹ 例如地價及標準地價委員會（最高行政法院 95 年度判字 2143 號判決）；交通部高公局 E.T.C 甄審委員會（最高行政法院 95 年判字 1239 號判決）；行政院環保署環境影響評估委員會（台中高等行政法院訴字 1117 號判決）。

³⁰ 例如犯罪被害人補償及審議委員會，其設置依犯罪被害人保護法第 14 條、第 15 條、第 20 條之規定，具有單獨法定地位，且得代表國家受理被害人補償金之申請及調查，並作成准駁之決定，是該審議委員會及補償覆審委員會自屬行政機關，應有當事人能力；參照最高行政法院 94 年 6 月份決議。

項，攸關國家公共利益，自須屆滿一定生理年齡、身心成熟及具有充分之辨別事理及專業能力，亦需要有相當的社會歷練，始足當之。至於應否對年齡做限制？衡諸立法例恐無法做出嚴格之限制。舉例言之，我國專家參審試行條例草案第 11 條規定，「……，須年滿三十歲……得為參審官」以三十歲為最低年齡限制；但於外聘委員似乎無法比照，蓋私人參與之委員會除專家外通常亦有「學者」「公正人士」。以學者來說，有可能 25 歲即擔任副教授、28 歲即擔任教授，是故以一定年齡硬性規定似不符現狀，亦恐有窒礙難行之處，反不若由行政機關依實際情形而遴聘³¹。此乃因專家參與之委員會其任務特殊，尤其面對專業性、科技性的案件，因性質不同，同時科學的快速變化，面對各類型層出不窮的問題，其危險與風險有時無法為過去經驗所知，故其資格仍宜有彈性，因此，法律上通常亦僅為原則之規定(諸如專家或學者)，而授權給行政機關遴聘決定。

第二款 消極要件

外聘委員既非傳統法制下之公務員，其遴聘要件自與公務員有異，若有我國公務人員任用法第 28 條情形之一者，即不得任用為公務人員，外聘委員是否仍得遴聘不無疑義。換言之，若法制上並未特別規定外聘委員之消極資格³²，公務人員任用得第 28 條第 1 項各款是否可以準用？或做為解釋之參考？自有探究之必要；此外民意代表可否擔任外聘委員？有無角色衝突之考量，又大陸地區人民可否擔任外聘委員³³？不同之委員會其消極資格應否有不同之規範？為進一步分析此議題，自應從法制規定尋繹其異同處，以下擬就法制面及實務爭議面分述如次：

第一目 法制面之考察

如本論文所述，外聘委員因參與之委員會不同會因其功能及種類而有不同之要求，我國現行法制並非針對所有委員會之成員都有消極要件之規定，以下

³¹ 與此相較，公務人員針對年齡有嚴格限制，不僅初任公務員以十八歲，屆齡退休亦有年齡之限制，參公務人員退休法第 8 條。

³² 晚近我國法制上有針對消極資格規定之例，但並非全部，有規定者如採購評選委員會組織準則第 5 條；鄉鎮市調解條例第 4 條；勞資爭議處理法第 31 條。

³³ 台灣地區與大陸地區人民關係條例第 21 條第 2 項規定，大陸地區人民經許可進入台灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員不受設籍 10 年之限制，於此將產生外聘委員可否遴聘大陸地區人民的疑義。

先以公務人員任用法第 28 條第 1 項為中心，進而以諮詢委員、甄審評選委員、爭議裁決委員、監督委員、典試委員、評鑑及調查委員為觀察並舉我國法制規定進行比較分析並尋繹其差異點，最後並提出本文之看法。

一、公務人員任用之消極限制

公務人員任用之消極要件明定於我國下列法規，茲說明如次：

(一)公務人員任用法第 28 條第 1 項規定：

有下列情事之一，不得任用為公務人員：

1. 未具或喪失中華民國國籍者。
2. 具中華民國國籍兼具外國國籍者。但其他法律另有規定者，不在此限。
3. 動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。
4. 曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。
5. 犯前 2 款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者。但受緩刑宣告者，不在此限。
6. 依法停止任用者。
7. 褫奪公權尚未復權者。
8. 受禁治產宣告，尚未撤銷者。
9. 經合格醫師證明有精神病者。

(二)國籍法第 20 條規定：

中華民國國民取得外國國籍者，不得擔任中華民國公職；其已擔任者，除立法委員由立法院；直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）民選公職人員，分別由行政院、內政部、縣政府；村（里）長由鄉（鎮、市、區）公所解除其公職外，由各該機關免除其公職。但下列各款經該管主管機關核准者，不在此限：

1. 公立大學校長、公立各級學校教師兼任行政主管人員與研究機關（構）首長、副首長、研究人員（含兼任學術研究主管人員）及經各級主管教育行政或文化機關核准設立之社會教育或文化機構首長、副首長、聘任之專業人員（含兼任主管人員）。

2. 公營事業中對經營政策負有主要決策責任以外之人員。
3. 各機關專司技術研究設計工作而以契約定期聘用之非主管職務。
4. 僑務主管機關依組織法遴聘僅供諮詢之無給職委員。
5. 其他法律另有規定者。

前項第 1 款至第 3 款人員，以具有專長或特殊技能而在我國不易覓得之人才且不涉及國家機密之職務者為限。

第 1 項之公職，不包括公立各級學校未兼任行政主管之教師、講座、研究人員、專業技術人員。

中華民國國民兼具外國國籍者，擬任本條所定應受國籍限制之公職時，應於就（到）職前辦理放棄外國國籍，並於就（到）職之日起一年內，完成喪失該國國籍及取得證明文件。但其他法律另有規定者，從其規定。

(三)台灣地區與大陸區人民關係條例第 21 條規定³⁴：

大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，除法律另有規定外，非在臺

³⁴ 關於原設籍大陸地區之人民，須在臺灣地區設有戶籍滿 10 年，作為公務員之要件。司法院解釋 618 號認為：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第 7 條所明定。其依同法第 18 條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第 205 號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求。中華民國 80 年 5 月 1 日制定公布之憲法增修條文第 10 條（86 年 7 月 21 日修正公布改列為第 11 條）規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸關係條例），即為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法。89 年 12 月 20 日修正公布之兩岸關係條例第 21 條第 1 項前段規定，大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿 10 年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。基於原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿 10 年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第 7 條之平等原則及憲法增修條文第 11 條之意旨尚無違背。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿 10 年，作為擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以 10 年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第 23 條規定之比例原則。」

灣地區設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨；非在臺灣地區設有戶籍滿二十年，不得擔任情報機關（構）人員，或國防機關（構）之下列人員：

1. 志願役軍官、士官及士兵。
2. 義務役軍官及士官。
3. 文職、教職及國軍聘雇人員。

大陸地區人民經許可進入臺灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在臺灣地區設有戶籍滿十年之限制。

前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務。

二、審議委員之消極限制

甄選（評選）委員會之設立其目的在於公正行使甄審（評選）事項，故關於外聘委員之遴聘自應有一定資格之限，但是從法制上考察，促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項授權訂定之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」中，並未對甄審委員之消極資格有任何的限制³⁵，但在政府採購評選委員會組織準則第 5 條則有消極要件之規定：「有下列各款情形之一者，不得遴選為本委員會委員：(一)犯貪污或瀆職之罪，經判刑確定者。(二)褫奪公權尚未復權者。(三)受破產宣告確定尚未復權者。(四)專門職業人員已受停止執行業務或撤銷執業執照之處分者。」解釋上有關甄審委員之消極資格要件應可「類推適用」政府採購評選委員會準則第 5 條之規定。惟未來應於「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」中明定為宜。

三、爭議裁決委員

我國對於私權紛爭之解決設有調解之機制，此即裁判外紛爭處理又稱 ADR (Alternative Dispute Resolution)，而介入此紛爭解決者稱為「調解委員」，我國法制上不乏其例，諸如鄉鎮市公所之調解委員、消費者保護法、耕地三七五減租、公害糾紛之調解等，其中鄉鎮市調解條例第 5 條規定有下列情形之一者，不得為調解委員，另外最具特色的是於該條例第 4 條明文規定婦女名額不得少

³⁵ 僅有在該辦法第 7 條規定甄審委員迴避之情形，並未有消極資格之限制。

於四分之一³⁶。此外，勞資爭議處理法第 31 條勞資爭議仲裁委員亦有消極資格之限制。

第二目 爭議問題研究

綜觀我國法制並非對於所有外聘委員之消極資格均設有規定，當然消極資格之要件，並非嚴格法律保留之事項，然若無需由法律或授權行政機關訂定，則於遇相關爭議究應如何解釋？此外，雖然基於「事物之本質」相同事件應為相同之處理，但亦得依事物性質，就事實狀況之差異及立法目的，而為不同之規範，法律亦得就事實上之差異授權行政機關發佈施行細則為合理之規定，以下僅就實務上具爭議之問題說明如次：

一、民意代表可否擔任行政委員會之外聘委員

從權力分立之角度言，行政、立法與司法各有所司並透過「制衡」(checks and balances) 之理念，讓權利之運作得以順利並避免濫權與獨大，外聘委員係以其專業服務於國家行政機關，其所為決定均係代表國家行政機關，若可以代表立法部門之民意代表為行政機關決策或執行，此最大質疑者為「角色混淆及衝突」的問題。

從比較法的角度，日本在審議會的改革計畫中對於委員的資格要件中，其方針之一謂：「選擇委員時，原則上要站在民意對行政的反映觀點，從民間有識者（即專家學者）中選出代表，國會議員、地方議會代表等身分，除了審議會不可或缺之構成要素外，原則上不可擔任委員³⁷」。

在我國刑事參審之草案研議過程中，亦曾對民意代表（立法）可否參與「刑事參審」（司法）之議題有不同之看法³⁸，持否定見解者認以下理由不宜由民意代表（立法）擔任參審員（司法）：

- (一)民意代表為參加競選，常背負人情包袱，如委以參審職務容易囿於人情壓力，亦恐影響參與之公正性。

³⁶ 相較於此，日本在審議會的改革計畫中有關女性委員參與有方針性的規定認為，女性委員之比例應於 10 年內努力提高到 3%，參審議會營運方針中第(3)點，日本平成 11 年 4 月 27 日內閣會議決議。

³⁷ 日本平成 11 年 4 月 27 日，審議會組織等之相關方針第 3 點（附錄二）。

³⁸ 司法院編，司法院參審試行條例研修資料彙編(二)，1992 年 6 月，頁 280 以下。

(二)民意代表監督政府之職責，或與司法審判於一身將造成角色之混淆與衝突。

以上兩個理由亦可以說明民意代表可否擔任行政委員會之外聘委員，蓋外聘委員參與公共事務代表行政部門，從行政須受立法監督的觀點言，民意代表兼任外聘委員本身即會受到角色混淆與衝突之質疑，蓋民意代表係監督者之角色而非執行者，我國法制上對於民意代表可否兼任「外聘委員」曾有反覆不定與爭議之例，茲舉例說明如次：

(一)民意代表可否兼任鄉鎮市調解委員？

對於民意代表可否兼任鄉鎮市公所之調解委員，1995年6月29日增訂第4條之1³⁹：「民意代表得兼任調解委員，其名額不得超過調解委員會人數之三分之一」考諸當時立法理由指出：「各鄉鎮市調解委員會於調解民事糾紛及告訴乃論之刑事案件成效良好。為使調解委員會之功能明確彰顯且不致於萎縮，爰明定民意代表得兼任調解委員。」

然而於2005年5月18日卻增訂民意代表不得兼任調解委員之規定（參該條例第5條），其立法理由謂：「……，鑑於實務運作與法理考量，民意代表須由鄉鎮市長提名遴選後聘任，且民意代表本身行使職權，即在監督鄉鎮市長執行調解行政事項，二者角色發生衝突，為避免鄉鎮市長遴選民意代表淪為酬庸，以規避監督產生弊端，致影響調解品質及公信力，爰增列民意代表不得兼任調解委員之規定。」；此外亦為擴大民眾參與，使具專業知識、信望素為之公正人士能參與調解，以疏減訟源，乃增列民意代表不得兼任調解委員之規定。然而此項修正卻引發各鄉鎮代表會之反彈，而要求主管機關慎重考慮回復民意代表行使調解委員遴選⁴⁰。

本文認為，民意代表職司立法及對行政施政之監督，本於制衡之思想，在行政機關內之委員會為避免角色混淆與衝突⁴¹，自不應由民意代

³⁹ 同法第3條之1及第4條係針對調解委員資格限制所做的規定。

⁴⁰ 中華民國鄉鎮市代表會以刪減或凍結調解預算，以突顯問題並表示抗議，參法務部96年1月31日法律字0960700117號函。

⁴¹ 例如2008年總統大選，國民黨籍財政委員會立法委員以立法委員身分勘查、公營銀行出租大樓給民進黨籍總統候選人辦公室之用，引發政治效應，其中亦點出立法與行政角色之分際。

表兼任調解委員，此外，從社會分工之角度，構成員各有不同之職責，若將權力集於一身恐違反分工及監督原則。

(二)民意代表可否以專家、學者身分擔任國家賠償委員？

各級民意代表僅公職人員並非公務員，以地方民意代表為例其法定職權分別規定於地方制度法⁴²，主要在監督地方政府之施政，包括議決法規、預算、特別課稅、決算之審查報告，與行政機關本於「監督」之關係，而國家賠償事件之成員以公正人士、學者、專家，應係以民間社會人士介入處理人民與機關之國賠事件，若冒然可由民意代表參與，賠償與否、賠償多少，恐賠償義務機關會屈服於民意代表之壓力之下而無法公正審理，故實務上有市議員不宜擔任國家賠償事件處理委員會委員之函釋⁴³，此種見解可資贊同。為杜絕解釋上之疑義，似宜參考鄉鎮調解條例第 5 條之規定於國家賠償法中明定民意代表不能兼任國家賠償委員之規定。

二、委員參與委員會個數與任期應否有上限？

從比較法觀察，日本在「關於審議會等的整頓合理化之基本計畫」中，認為原則上委員的任期是二年，但也有三年和五年的任期，同一委員有可能再度任用，但以十年為上限，委員最多兼任 3 個，據學者觀察，日本審議會委員大多有兼任，且三成以上都兼任數個審議會委員，兼任有它的問題存在，委員一旦兼任將造成委員缺席的可能性提高⁴⁴。

外聘委員以其專業或技術介入國家任務，若為諮詢或個案式遴聘之委員會，只要外聘委員能力，時間許可基於社會之使命感自不宜限制；但若為有任期制且為審議性質之委員會，如國家賠償委員會、訴願委員會或其他定期之審議委員會，由於會期固定且案件量極多，故宜有限制。我國法制尚未慮及於此，本文認為，在一個分工之社會中，各司其職同時以其專業貢獻國家社會自不容苛責，然從真正發揮外聘委員之功能角度言，似應該有參與上限之規定為宜。蓋不管從案件之審查或意見之提供，爭議之裁決對於案件事實之瞭解均須耗費

⁴² 地方制法第 35 條～第 37 條。

⁴³ 法務部（81）法律字第 05809 號載於國家賠償法令解釋彙編（82 年 12 月版），第 110～111 頁。

⁴⁴ 西川明子，前揭文（註 27），頁 63～64。

相當之時日，從真正案件解決實際性觀之，外聘委員自不宜兼任過多的委員會委員，至於究應多少為上限，本文認為以三～五個委員會為宜。

三、性別、高齡者機關成員擔任委員的問題

有關外聘委員之遴聘，法令大多使用「專家」「學者」「社會公正人士」等字眼表現，通常他（她）們都具備一定的資格要件，由機關首長加以遴聘，原則上應遴聘非機關成員（或稱高級職員）⁴⁵，委員多數來自於業界團體的代表，各領的菁英或利益團體的代表，但在我國除了政府採購評選委員應加入更多女性之議論外，有關高齡者以及公部門出身的人士是否適宜擔任委員會委員，在我國此議題尚未有相關的學術討論。

在日本，有關高齡者之限制曾引起討論，認為應將超過八十歲以上人士當作限制的對象⁴⁶；另外女性參與的部分，審議會委員會中，女性委員比例仍低。在日本關於審議會委員的女性比例，設定到平成 20 年（2010）年為止，有 20% 女性委員⁴⁷之參與。

第三項 外聘委員之遴聘程序

外聘委員之遴聘方式最常見者為「由機關首長聘兼」之立法例，但外聘委員類型不一，為求慎重有些委員會委員之遴聘須經相關法定程序始能生效，茲分為一般遴聘程序與特殊遴聘程序說明如次：

第一款 一般遴聘程序

遴聘猶如契約之要約，須經外聘委員同意後，由機關首長遴聘，故一般遴聘程序不外乎要約承諾（同意）發給聘書，晚近，我國法制上對此程序亦設有規定，茲舉例說明如次：

第一目 民間參與公共建設甄審委員會委員遴聘

甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關就具有與申請案件相關專業知識

⁴⁵ 但我國訴願法第 52 條有關訴願委員會委員之遴聘亦有本機關高級職員，另外從諸多委員會之組成來看，幾乎多有機關成員或政府公務人員的加入。

⁴⁶ 西川明子，前揭文（註 27），頁 64。

⁴⁷ 同前註。

或經驗之人員派（聘）兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。

前項人員為無給職。第 1 項外聘專家、學者，主辦機關應自主管機關建立之建議名單中遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，應敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定。前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。

第 3 項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由主辦機關聘兼之。

第二目 政府採購評選委員會委員遴聘

本委員會置委員五人至十七人，就具有與採購案相關專門知識之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於三分之一。第 1 項外聘專家、學者，應自主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關所建立之建議名單遴選後，簽報機關首長或其授權人員核定。未能自該名單覓得適當人選者，得敘明理由，另行遴選後簽報機關首長或其授權人員核定。

前項建議名單，由主管機關公開於資訊網路。第 3 項擬外聘之專家、學者，應經其同意後，由機關首長聘兼之。

第二款 特別遴聘程序

所謂特別遴聘程序係相較於一般遴聘程序而言，如果說一般遴聘程序係由機關首長遴聘，那麼特別遴聘程序可能較一般更為嚴格，其中以鄉鎮市調解委員之遴聘較為特殊，依修正前鄉鎮市條例第 3 條第 1 項規定：「調解委員，由鄉鎮市長就鄉鎮市內具有法律知識、信望素為公正人士推薦；並檢具其姓名、學歷、經歷及家庭狀況資料，送請鄉鎮市代表會同意後聘任」但是，調解委員會委員，原則上以具有法律知識背景者為主，但多元社會所發生之紛爭事件，尚須具有其他專業知識人士擔任此工作，使調解結果更具有專業性，以符合公平合理，爰擴大調解委員資格遴選範圍之規定。另為防止派系介入，影響調解之品質，並避免鄉、鎮、市民代表會因行使同意權杯葛鄉、鎮、市長提名之調解委員人員，及促使調解業務推展順利，因而刪除調解委員應由鄉、鎮、市民代表會同意之規定，改由鄉、鎮、市長自行遴聘適當人員擔任調解委員，並分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院檢察或其分院檢察審查，符合資格者，送縣政府備查後聘任，故現條鄉鎮市調解條例第 3 條第 1 項規定：「調解委員會

委員（以下簡稱調解委員），由鄉、鎮、市長遴選鄉、鎮、市內具有法律或其他專業知識及信望素孚之公正人士，提出加倍人數後，並將其姓名、學歷及經歷等資料，分別函請管轄地方法院或其分院及地方法院或其分院檢察署共同審查，遴選符合資格之規定名額，報縣政府備查後聘任之，任期四年。連任續聘時亦同。」

此外修正前公民投票法第 35 條第 1 項規定：「行政院公民投票審議委員會置委員二十一人，任期三年，由各政黨依立法院各黨團席次比例推薦，送交主管機關提請總統任命」，但此項關於委員之任命，由政黨依立法院各黨團席次之比例獨佔人事任命決定權，使行政院對委員之人選無從置喙，只能被動接受提名送交總統任命，遭大法官宣告違反憲法上權力互相制衡之界限，牴觸權力分立⁴⁸。

第二節 外聘委員之義務

第一項 前言

機關外聘委員係指非公務員法制之人員，而以其專門知識或技能之專家學者，就其專業領域之案件（或事項），依法規參與國家或地方事務之諮詢、甄審（或評選）、監督、爭議等事項，而由機關首長遴聘之人員。其並非公務人員，故除少數法規外，並無相關法定義務之規定。但是細究之，專家學者所參與者亦為公共事務，甚且與公務人員形成一個共同決議體，有關公務員服務法及相關法規如利益迴避、財產申報...等義務是否適用、準用或類推適用？頗值探討。德國聯邦行政程序法第 82 條至 84 條明定人民承擔「榮譽職」工作之義務，僅以法規有規定者為限⁴⁹，並列舉榮譽職工作人員應依其良心、公平執行職務及保守秘密之義務，並且上述義務應以書面告之⁵⁰，其中對於守密之義務並於該

⁴⁸ 司法院解釋 645 號。

⁴⁹ 德國聯邦行政程序法第 82 條，胡建森主編，中外行政法分解與比較（中），北京，2004 年，法律出版社，頁 1404。

⁵⁰ 德國聯邦行政程序法第 83 條，胡建森主編，中外行政法分解與比較（中），北京，2004 年，法律出版社，頁 1405。

法第 84 條有詳細之規定⁵¹。我國機關外聘委員大都為「無給職」且以專家學者之身分參與相關國家任務工作之執行，但並無統一之規範而僅散見於個別零星之規定，尤其以「法規命令」及「行政規則」之方式居多，甚少以「法律」方式明定。此相較於德國法之規定，我國對於機關外聘委員法制似乎尚未形成一個議題，但是專家學者參與國家事務之評選、甄審、爭議裁決、監督管理、調查、鑑定所在多有，其相關義務既未明定準用，亦未比照適用，甚至可否類推適用也發生爭議⁵²，凡此我國法制應該認真思考建構相關立法論之可能以彌補法律解釋所造成的漏洞及不穩定。

探討機關外聘委員之義務有其實益，首先應注意者係義務之法定性，亦即規範何在？如同德國聯邦行政程序法第 82 條規定，從事榮譽職工作的義務，只有法律條款規定時才存在，此具有明確性。其次，對於義務之違反可以課以相對之責任。換言之，唯有身分（或地位）明確定性後續之權利義務及責任才能明確。舉例來說，外聘委員於參與政府採購案評選時洩漏秘密，此時其身分究係公務員或從事業之人或一般之犯罪主體，攸關成立之罪名。遺憾的是，我國法制對於機關外聘委員制度法制之建構均付之闕如。本文試圖參考德國聯邦行政程序法第 82 條至 84 條之規定，並從我國散見之行政法規中尋繹出專家學者外聘委員之義務並提出本文之建議。

第二項 親自參與（出席）之義務

外聘委員之種類不一，其所參與之公共事務類型亦不同，機關之所以遴聘專家學者，其理由乃在於將有學識經驗者導入行政決策之中，以補官僚專業之

⁵¹ 德國聯邦行政程序法第 84 條規定：「一、榮譽職工作人員，於其榮譽職工作結束後，對於職務中知悉之事項，仍應保守秘密。但服勤務時來往之通知，或已公然之事實，依其性質無保守秘密之必要者，不在此限。二、榮譽職工作人員未經許可，不論於法庭內外，均不得對其應保守秘密之事項為陳述或聲明。三、對於作證人而陳述之許可，僅於其陳述將對聯邦或邦引起不利之後果，或將嚴重危害公務之履行，及使其履行，將發生相當困難時，始得拒絕之。四、榮譽職工作人員為法院訴訟案件之當事人，或其陳述有益於維護正當利益者，即使具備前面之要件，亦僅於強行性公益之要求下，始得拒絕許可。如拒絕許可時，應於公益准許之範圍內，對於從事榮譽職工作人員加以保護。五、依第 2 項至第 4 項之許可，由對徵用榮譽職工作人員之機構有事物管轄權之監督官署為之。」

⁵² 例如機關外聘委員是否可以解釋為行政程序法 32 條及 33 條之「公務員」攸關迴避義務之踐行。換言之，該條之「公務員」意義為何？須進一步解釋。

不足⁵³，裨讓機關之決定更週延，故重視外聘委員之意見是為主因。但外聘委員參與之類型，有的屬政策或個案諮詢型，有的為案件處理型，抑或是不服審查型，對此外聘委員是否應親自出席？或不出席是否會產生任何法律效果亦值得探討。此外，實務上常有外聘委員未曾出席改以派代理人或提供書面代之，此在強調「正當法律程序」(due process of law)的今日是否應該明確規範，亦值得進一步討論。

首先，之所以強調「親自參與」乃在於借重專家學者的知識經驗，並透過會議的思辯討論進而形成共識，在形成共識中找出解決問題的共通點，是故理應在各類型的委員會外聘委員均應「親自出席」方屬合理，但實務及理論上却並非如此，故本文細分以下三種類型並逐次說明：

第一款 政策或個案諮詢之委員

諮詢委員作為政府政策或個案解決請益之對象，其提供知識及經驗作為決策或解決個案之參考，故此種類型之委員較不重視思辯過程，反而重視諮詢委員個人的學識經驗，並對問題提供建言，其方式除了親自出席外，有時諮詢委員亦以書面意見代之⁵⁴，同時既為「諮詢」其意見僅讓首長參考不具備法效力，是故並不強調「親自出席」，若諮詢委員並未親自出席尚不影響該決定之效力。

第二款 不服審查型之委員

對於行政機關作成之行政處分不服，法令上賦予此類型委員會之委員得以處理其爭議，此種委員會之特色在於其決定本身作為國家意思表示，具法效力具有機關之特色⁵⁵。例如衛生署全民健康保險爭議審議委員會係依據全民健康保險法第5條第1項及第2項設置，審議本保險被保險人、投保單位及保險醫事服務機構對保險人核定案件所生之爭議，實務上將之視為「行政機關」⁵⁶，此類型之委員既然在解決雙方之爭議，自應親自「聽訟」以裨使紛爭事實能夠掌握。以訴願為例，係人民對機關違法、不當之處分不服而提起爭訟。訴願委員於審議案件時本應親自出席並參與審議討論進而形成多數決。

⁵³ 塩野宏，行政法Ⅲ（行政組織法），有斐閣，2008年10月10日第3版，頁77～78。

⁵⁴ 例如法務部行政程序法及行政罰法諮詢小組，委員之意見亦以書面代替。

⁵⁵ 塩野宏，前揭書，頁77。

⁵⁶ 最高行政法院91年判字第2號。

另外，我國訴願實務審理大都由「委員預審」，但是「預審委員」有時並未出席審查會，而由「出席委員」就其所擬處意見表決，如此一來，將造成審議案件之不確實，此或許肇因於我國訴願案件之繁多，要每件充分討論並逐一表決勢不可能，但如此一來，將折損「訴願審議」之效果。有必要針對不服審查型委員會之委員親自出席在法律上明定並將之形成「法定義務」。

第三款 處理案件型之委員

此種類型之委員會通常在機關作成決定前接受機關首長的諮詢或委託，而進行相關的審查、評選，如政府採購之評選委員、公共工程之甄審，甚至亦會就糾紛進行斡旋、仲裁或調處。以我國為例，諸如國家賠償委員會委員、調解委員等，此類型在處理案件過程中導入專家學者以其技術與經驗補官僚之不足，一般說來，其審議處理並不會拘束機關，但是機關首長為尊重該委員通常不會變更其決定，若有特殊原因須敘明，因此委員之意見雖沒有法律上之拘束力，但事實上有拘束力。依此外聘委員應否親自出席攸關該案件處理過程。但實務上亦有發現委員並未親自出席而由代理人代理，例如國家賠償審議委員會，國家賠償委員之產生係本機關高級職員及遴選社會公正人士、專家學者，此種委員會之成員必須親自參與案件之審議討論，但實務上國家賠償事件之處理與上述甄審委員會有完整之甄審程序及表決人數規範不同；甚至一級主管未能出席，尚可由他人代理，若國家賠償委員會係具備諮詢性質，委員未出席由他人代之尚可理解，但是若以爭議紛爭解決的性質言，似應親自出席，若未親自出席，本文認為於組織之適法性上頗值探討，蓋參與性之委員會主要係借助委員之討論審議方能達到公正的結果，若有代理出席情形，應認為作出之決定應屬有瑕疵之行政行為。

最後，我國法制雖未於「法律」明定委員之親自出席，但大都於授權之法規命令中規定，諸如民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 6 條第 1 項及第 2 項亦規定：「甄審會委員應『親自出席』甄審會會議，並公正辦理甄審事宜，甄審會會議之決議，應有委員總額二分之一以上出席，出席委員過半數之同意行之，其中之出席亦應指『親自出席』。」

第三項 迴避（禁止偏頗）之義務

第一款 前言

Ne mo judge in re sua（任何人不能在自己的案件中充任法官）此為迴避制度之原始思想，亦為英國法之自然正義原則（Natural justice）兩大支柱之一⁵⁷，其目的在於司法程序中要求公正，後來延伸至行政行為，我國之訴訟法上均有迴避制度之規定⁵⁸，其目的在於防止法院偏私，不但如此行政程序之進行亦應力求公正公平，公務員處理行政事件，須公正無私始能確保當事人權益，並維護行政機關威信，但是公正由誰來認定？這是個難題，事先認為的公正是想像的，可能必須從任何跡象或已參與的案件之中找尋蛛絲馬跡。換言之，它不是積極性的認定，而是從過去已發生過的事證明不公正的情形。是故可能產生不公正之虞有以下幾種情形：

- 一、與當事人或該案件有親屬或特定關係者⁵⁹。
- 二、與該從事之案件可能有利益掛勾或利益衝突者。
- 三、有具體事實足認其執行職務有偏頗之虞。
- 四、從過去之經驗有不公正之情形者。

我國行政程序法第 32 及 33 條設有迴避制度之規定，第 32 條明定「公務員」在行政程序法中應自行迴避之情形，第 33 條第 1 項規定「公務員」有自行迴避而不迴避或有具體事「足認執行職務偏頗之虞」當事人得申請迴避。法律規定之主體為「公務員」，然而我國法制下「公務員」之定義與範圍不一，尤其晚近隨著社會之多元化與專業化，傳統官僚組織無法負荷龐雜的行政事務，而於機關內部引進以「專家」「學者」「社會公正人士」組成的各種委員會以參與國家政策之擬定規劃、執行或介入個案之爭議裁決等事務。此等人員通稱為「委員」，但這些委員並不具備公務員之任用資格，是否可評價成行政程序第 32 條及 33

⁵⁷ 關於英國法自然正義（Natural justice）See H.W.R.Wade & C.F.Forsyth. Adminstratice Law 9th. Edition（2004）P439. Qxford Univesity.

⁵⁸ 民事訴訟法第 31 條～39 條、469 條第 2 款、496 條第 4 款；刑事訴訟法第 17 條～26 條、379 條第 2 款；441 條；行政訴訟法第 19 條～21 條、243 條、270 條之規定。

⁵⁹ 所謂特定關係諸如指導教授與其門生。

條之「公務員」解釋上不無疑義⁶⁰？

同時專家、學者、公正人士所合組委員會之成員若被認定有應迴避或偏頗時，其所作成之效果是否即遭否決亦或是對結果不生影響？亦引發所作成決議（決定）是否適法之爭議，此亦值得討論。

第二款 外聘委員之迴避義務

迴避乃本於禁止偏私之法理（The Rule Against Bias），是故對於事件之決定有偏頗之可能即應迴避，但其標準何在？除具有親屬或特定關係者，如何有一套可依循之標準頗值探討，茲更討論以下兩點，(一)外聘委員有無行政程序法迴避規定之適用？(二)迴避義務標準化之可能性。

第一目 外聘委員有無行政程序法迴避規定之適用

一、我國行政程序法上公務員之範圍

我國行政程序法並未就公務員之範圍作定義，該法第 32 條及 33 條規定，「公務員」有自行迴避之情形及足認因執行職務有偏頗之虞構成申請迴避之事由，此之公務員應如何理解？是否包括外聘委員？如本文前述，現代政府強調「專業」「公正」因而行政機關內設有許多的委員會，由於此等委員會係專家學者公正人士所組成，其成員有一定比例⁶¹為民間人士，此種官民合作模式與傳統經由依法考銓並經法定程序任命之公務員本質上並不相同，無法一體適用，諸如公務員服務法、公職人員財產申報法、公職人員利益迴避法。

然而行政程序法做為行政機關為行政行為之普通法，若其他法律未規定應依本法規定（參該法第 3 條第 1 項）。我國委員會之組成皆有法令依據，而其所為之決定又都為機關首長所尊重，此等委員縱然不具備公務員任用資格，其所

⁶⁰ 舉例言之，各級政府為審查環境影響評估報告事宜，而設有「環境影響評估審查委員會」（以下簡稱環評會）其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二，此等「委員」之身分為何？晚近之爭議亦逐漸浮出，茲舉實例說明如次：
環保署環評會負有審查國家重大投資案之環評事宜，台塑大煉鋼廠設立案於民國 96 年 3 月環評審查時，環評委員認為本案排放大量 CO₂，衝擊漁民生計，且對環境有重大影響應進入第二階段環評，然台塑發出環保署點名五位環評委員對台塑鋼鐵有預設立場及成見，已構成行政程序法第 33 條的「執行職務有偏頗之虞」應迴避，環評委員則認為「行政程序法規範的是公務員環評委員是學者專家並非公務人員」，相關報導參聯合報 2007 年 6 月 9 日 A13 綜合版。

⁶¹ 依照各別法令規定不同有二分之一，亦有規定三分之一。

從事者亦大多為公權力行政之一部分，理當負有公正作為之義務。此外，迴避係法治國家依法行政原則中維持程序公正之最基本要求。故本文認為，行政程序法第 32 條及 33 條所定之「公務員」應從最廣義解釋即「依法令從事公務之人員」皆有適用⁶²，是故行政程序中之公務員，除法制上之公務員外亦包括各機關各種委員會之委員⁶³。

二、外國法制之考察－德國聯邦行政程序法

相較於我國行政程序法，德國聯邦行政程序法第 20 條第 4 項對於委員會之成員（即委員）之迴避即設有明確規定，不但如此，德國聯邦行政程序法於第七章亦就榮譽職的工作及委員會之運作過程有詳細規定，包括委員會規定之適用，會議秩序、決議能力及表決、筆錄等，與本文有關之迴避則於該法第 20 條第 4 項規定：「委員會（第 88 條）成員認為自己有應迴避或者存在第 1 項規定⁶⁴條件問題時，應告知委員主席由委員會做出結論，當事人不得參與此決定，將迴避之成員不得參加討論和表決。由此可知德國聯邦行政程序法就迴避之對象包括委員會之委員。

三、我國行政法院裁判之考察

雖然本文肯定行政程序法第 32 及 33 條之公務員包括行政機關內各種委員會之成員（外聘委員），然行政程序法於公元 2001 年始施行，施行前後對於正當程序最基本之公正要求即迴避之相關判決仍有不同見解，尤其在法律未規定時得否以「法理」加以授用亦頗生疑問。同時，雖未迴避造成程序瑕疵，實體

⁶² 湯德宗，論行政程序的正當程序，收於氏著行政程序法論，2000 年 10 月初版 1 刷，頁 13～14；89 年 7 月 7 日第 9 次會議決議亦認為；教師法、大學法、專科學校法及教育任用人員任用條例設置之教師評審委員會，其職掌尚屬於公權力之行使，則其委員行使職權；另法務部行政程序法諮詢小組自有行政程序法第 32 條及 33 條之適用。

⁶³ 同此見解，台北高等行政法院 89 年度 710 號判決。

⁶⁴ 德國聯邦行政程序法第 20 條第 1 項規定：

下列人員不得在行政程序中為機關工作：

- (1) 本身是參加人；
- (2) 參加人的親屬；
- (3) 依法或受委託為參加人進行一般代理或者行政程序代理的人；
- (4) 行政程序參加人的代理人的親屬；
- (5) 為獲得報酬在參加人處工作的人，或在參加人處作為董事會、監事會或其他類似機械成員工作的人；這不適用於所在雇用單位為參加人的人；
- (6) 在其官方身份以外的事務中提供監定或進行其他工作的人。因其活動或因裁決獲得直接利益或遭受損失的人，視同參加人。這不適用於職業或者居民團體的成員，因所在團體共同利益受到有關事務影響其個人造成了損益。

上之決定是否會遭推翻，判決亦有不一致之處，以下將援引四則判決作為本文相關論點分析之標本。

(一)第一則：指導教授參與其學生教育部公費留考口試案⁶⁵

1. 原告主張，參與面試之口試委員甲為錄取人乙於國立○○大學法律研究所碩士論文之指導教授，二人關係匪淺，甲未迴避而參與面試，違反正當法律程序之要求。而且甲為面試時唯一之智慧財產權學者專家，其向原告提出智慧財產權之相關問題，足以影響其他委員對原告之評分。且據悉多年來被告所舉辦之公費留學考試面試時，面試委員均持有考生筆試成績，完成面試時，面試委員即可協商決定由某人錄取，故甲之未迴避，更導致利益衝突。又當時若甲於發現有本身之指導學生參與考試時，立即迴避，該學門考試應以其他四位面試委員之面試總成績，計算結果將錄取原告。
2. (最高)行政法院認為，考試決定涉及專業及教育判斷，其所依據之判斷基礎事實無法重新展現於法院之前，以供審查。且在作成決定時，非僅就當事人個人之表現單獨觀察，而係與其他應考人一併為觀察評量，故法院對考試決定之審查應受前述考試特性之限制，除是否遵守程序之規定，是否適用正確之考試標準，是否根據正確之事實，是否違反通常之評分標準，是否將考試無關之事項納入考量等事項外，均非法院審查之範圍。本件原告爭執 86 年公費留學考試法學門面試時，面試委員甲有應迴避之事由而未迴避，影響考試之公正，核屬考試之程序問題，自屬本院所得審查之範圍。查為維持特定事件審查過程中，參與審查或決定之人員之公正、客觀，法令常就各種事件之類型，依其性質，設有迴避之規定，民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法；已公佈但尚未施行之行政程序法、修正訴願法等均有相關規定。本件教育部舉辦之公費留學考試，除聘任命題委員及閱卷委員時，註明「台端如因子弟參加本項考試而不宜命題，務請．．．函知本部國際文教處」外，並無有關面試委員應迴避之規定，故面試委員甲未就其論文指導學生乙之應試迴避，並未違反有關法令之明文規定。惟考試既及

⁶⁵ (最高)行政法院 89 年判字 738 號，內容由作者自行整理。

主觀之判斷，尤以口試為然，為避免考試之公平性遭受質疑，允宜慎重其程序，避免可能之利益衝突，被告於辦理口試時，未能注意及之，其所為之程序難謂無瑕疵⁶⁶。

(二)第二則：租佃委員參與其胞弟續訂租約之決議⁶⁷

本件耕地租佃委員會委員曾○松為參加人之胞弟，此經參加人所自承，而曾○松委員就本案參與，並為有利於參加人之意見，主張由參加人續訂租約，最後委員會並作成調解不成立，由承租人（即參加人）續訂租約之決議，此有原處分所附 87 年 8 月 31 日新竹市政府耕地租佃委員會調解程序筆錄在卷可查。

行政法院認為，公務員於行政程序中，有應迴避之事由應自行迴避，此乃法治國家依法行政原則中維持程序公正性最基本之要求。擴而言之，行政程序中之公務員，包括各機關各種委員會之委員，若有應迴避事由而不迴避者，係違反憲法層次之正當法律程序，其所為之決定或據之而為之處分，即係違法，此在現行行政程序法第 33 條固有規定，惟在行政程序法施行前，此項憲法層次之原理原則，仍應拘束各機關之行政行為。則行政程序法施行前以公務員應自行迴避之範圍，自應將現行行政程序法第 32 條之規定作為法理適用之。是以台灣省各縣（市）政府暨鄉（鎮）（區）（市）公所耕地租佃委員會組織規程第 13 條即規定：「各級租佃委員會對有關本身之議案應迴避之」，合乎上開原理原則，自應予以適用，具該規定所謂之有關本身之議案應迴避之範圍，自應包括委員會委員本人或其四親等內之血親在內，因而撤銷該續訂租約之決議。

(三)第三則：教師申評會委員同時擔任兩級（縣、省）委員並參與決議⁶⁸

教師申訴評議委員會組織及評議準則第 19 條雖僅規定：「申評會委員對於申訴案件有利害關係或關於其服務學校申訴案件者，應自行迴避，不得參與評議。」對於申評會委員如已參與縣教師申訴評議委員會之評議，於同一案件得否參與其上級之省教師申訴評議委員會之評決，

⁶⁶ 本件（最高）法院雖然指摘未迴避在程序上難謂無瑕疵，但認為即便重新計分之後並未影響其結果，仍然駁回原告之訴。參（最高）行政法院 89 年判字 738 號。

⁶⁷ 台北高等行政法院 89 年度訴字 710 號判決。

⁶⁸ 最高行政法院 91 年判字 1514 號。

固未明定，惟為維持評決之公正性，仍以迴避為宜。查許○和委員於本件既參與雲林縣教師申訴評議委員會之評議，復參與台灣省教師申訴評議委員會之評決，就行政救濟當事人之審級利益而言，固有未妥，惟據台灣省教師申訴評議委員會 89 年 1 月 14 日會議紀錄：本案經全體委員十二人無記名表決結果：申訴有理二票，申訴駁回十票，駁回申訴案之委員超過出席委員三分之二以上，依法宣布本申訴案結論：「再申訴駁回」，有該會議紀錄附再申訴卷可稽。則如將許○和不計入出席委員人數，亦不計入參與表決之人數，則評決駁回申訴案之委員仍超過出席委員三分之二以上，尚不影響評決之結果，另雲林縣教師申訴評議委員會申訴評議書主文雖載「申訴不受理」，惟實際上係以無理駁回，尚無不合，均應予維持。

四第四則：訴願委員同時亦為行政處分作成之參與者

原告另稱訴外人林○○原任國防部陸軍總司令部政戰主任，曾參與主導本件之原處分，嗣於 93 年 11 月 1 日調任國防部總政治作戰局副局長，並兼任國防部訴願審議委員會委員，其既參與原處分之作業核定，即屬本件之利害關係人，應於訴願審議程序自行迴避而仍參與訴願決定，本件訴願決定即有程序上之重大瑕疵，而無以維持云云。惟按訴願法第 55 條規定，訴願審議委員會主任委員或委員對於訴願事件有利害關係者，應自行迴避，不得參與審議。其所謂於訴願事件有利害關係者，解釋上應指個人與事件本身有利害關係之情形而言，如與事件之當事人間或因牽涉事件而有利害關係等是；此觀之行政程序法第 32 條、第 33 條即公務員在行政程序中應自行迴避及得申請迴避之法定事由益明；且訴願程序係採合議制，訴願審議委員會中，雖有委員曾參與原處分程序，若其與該事件本身並無利害關係，尚不得逕認其有迴避審議之事由。原告雖稱林○○為本件訴願事件之利害關係人，惟對於林○○與本件原告或訴外人李○○之間以及與該違反兩性營規事件之間有何利害關係，並未舉證證明；且未舉出本件對於林○○有何該當行政程序法第 32 條、第 33 條應自行迴避及得申請迴避之事由及事證；且本件之訴願決定，係由訴願審議委員會主任委員 1 位及委員 12 位計 13 位合議作成決定，有該訴願決定書影本附卷可證，林家雄僅為委員之一，雖依原告主張其曾參

與原處分程序，但在無事證足認其與事件當事人間或因牽涉事件而有利害關係之情形，客觀上尙難認其有不當影響訴願決定而有迴避之必要。由上觀之，原告指稱本件訴願決定有程序上之重大瑕疵無以維持云云，並未舉證以實其說。原告所稱，尙非可採。

四、評述

從上述四則行政法院判決以觀可以整理幾個爭點，包括外聘委員是否適用迴避規定？違反效果如何，茲說明如次：

(一)外聘委員是否適用迴避規定？依據為何？

行政程序法於 2000 年元旦施行，上述裁第一則～第三則均發生於行政程序法施行前，有疑義者係「施行前」得否以「法理」援引適用？對此第二則之裁判中認為：「公務員於行政程序中，有應迴避之事由應自行迴避，此乃法治國家依法行政原則中維持程序公正性最基本之要求。擴而言之，行政程序中之公務員，包括各機關各種委員會之委員，若有應迴避事由而不迴避者，係違反憲法層次之正當法律程序，其所爲之決定或據之而爲之處分，即係違法，此在現行行政程序法第 33 條固有規定，惟在行政程序法施行前，此項憲法層次之原理原則，仍應拘束各機關之行政行爲。則行政程序法施行前以公務員應自行迴避之範圍，自應將現行行政程序法第 32 條之規定作爲法理適用之。」對於法院在行政程序法未施行將迴避作爲法理適用可資贊同，蓋從禁止偏私的法理亦應作如是解釋。

至於第一則及第三則雖未於判決中特別提及，但均於理由中爲避免考試公平性遭質疑，允宜慎重程序，避免可能之利益衝突，被告於辦理口試時，其所爲之程序難謂無瑕疵（第一則）及同時參與兩審級之委員會就當事人之審級利益固有未妥（第二則）。換言之，對於程序正當性之要求，行政法院仍持謹慎態度，縱於行政程序法未施行前仍予以貫徹。是故委員會之成員（外聘委員）關於迴避義務部分以法理適用，無待法律規定即具拘束力，因爲凡是可能或可以正當懷疑會偏私之案件應迴避，此項原則甚至凌駕於法律之上。施行後外聘委員應包含於該法第 32 條及 33 條公務員之解釋範圍內。

(二)迴避義務程序瑕疵之效果如何？能否因而推翻實體決定？

迴避既係行政程序公正之要求，若公務員有應迴避而未迴避之情形，於此須思考者係，違反迴避義務其所作成之行政處分（決定）法律效果如何？

係學者之見，若行政程序存有「應迴避而未迴避」此時由該程序而產生之實體決定，法律效果即屬於有瑕疵，而於我國法上瑕疵復可分為無效與得撤銷；行政程序法第 111 條規定無效之原因有七種⁶⁹，程序違反並不在§111 ①～⑥絕對無效之列；是否為§111 ⑦之瑕疵重大明顯？一般說來，應迴避而未迴避或為重大瑕疵，因可能影響程序之結果實體決定，但其瑕疵既難由程序外觀察覺，自難認為具有「明顯」故尚不至於無效，應屬於得撤銷⁷⁰。

然而從上述第一則及第三則之判決觀之，法官雖指摘委員會之成員應迴避而未迴避其程序難謂無瑕疵，但均未撤銷原處分反而認為程序雖瑕疵，然於結果不生影響。換言之，仍維持原處分。對此本文認為，法官之見解似嫌速斷，關於第一則公費留學案指導教授於校外面試碩士班指導學生，衡諸常理，此係可合理懷疑會有事實上之偏袒，為落實公正及禁止偏私，口試委員於發現有此特殊關係者應自行迴避而無待當事人申請，蓋此係一般可能性知悉者，故此屬於程序重大瑕疵應屬撤銷⁷¹。至於第三則教師申訴案，最高行政法院認為「同一案件得否參加二級之評議委員會，固未明定，惟為維持評決之公正性，似宜迴避為宜」但是該判決從委員表決之人數做認定認為「即便將應迴避之委員不計入出席

⁶⁹ 行政程序法第 111 條規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：

- 一 不能由書面處分中得知處分機關者。
- 二 應以證書方式作成而未給予證書者。
- 三 內容對任何人均屬不能實現者。
- 四 所要求或許可之行為構成犯罪者。
- 五 內容違背公共秩序、善良風俗者。
- 六 未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。
- 七 其他具有重大明顯之瑕疵者。」

⁷⁰ 湯德宗，行政程序法論，台北，元照，2000 年 10 月初版 1 刷，頁 102。

⁷¹ 本案發生於民國 86 年，隨後教育部於公費留學考試面試注意事項(90/6 修正)第 10 條規定：「面試委員及辦理試務人員，如有配偶、前配偶或有三親等內之血親姻親應試，應行迴避。面試委員為應考人現任機關首長或直屬長官或為應考人學位論文之指導教授者亦同。」

人數，亦達法定人數」對此，本文認為應實質調查「該委員之發言是否足以影響其他委員之心證」，而非僅從人數的計算方式。

第三款 迴避義務之判斷標準—兼論類型化

迴避義務乃本於禁止偏私（The Rule Against Bias）法理，不管是司法或行政之案例，為達到公正裁決此乃最基本之要求，但究竟於何種情形下應迴避，於具體個案判斷時是否會有抽象之標準而作出不同之決定，此為最難克服之處，晚近我國訴訟法及行政程序法均設有迴避之規定，以行政程序法為例第 32 條及 33 條大略有以下幾點會形成迴避：

- 一、有一定親屬關係。
- 二、與事件有關之利益關係人。
- 三、有共同權利義務關係（利益關係）。
- 四、有事實足認執行職務有偏頗之虞。

其中有一定親屬關係之人因法律有明定其範圍，認定上不致無標準可循，問題出在如何判斷迴避主體與案例之當人有利害關係及有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞，本文試圖將之分類，逐一討論迴避之標準。

第一目 如何判斷偏頗之虞

我國行政程序法第 33 條第 1 項第 2 款規定，有具體事實，足認執行職務有偏頗之虞構成申請迴避之原因。抽象言之，所謂有偏頗之虞係指系爭案件具有法律上、情感上、倫理上、經濟上及職務上之利害關係足認執行職務會有偏頗之虞，首先須釐清者係偏頗應如何判斷？對此英國行政法學者 H.W.R.Wade 依英國判例法之發展提出兩個標準⁷²：

⁷² H.W.R.Wade & C.F.Forsyth, Administrative Law 9th Edition (2004) Oxford University P464~466。

一、合理懷疑

所謂合理的懷疑 (reasonable suspicion) 係指正常人可以懷疑的一般可能性 (general possibility) 英國古典判例是 1852 年樞密院院長在 *Dimes V. Grand Junction Canal* 一案中⁷³，他以樞密院院長的名義批准了樞密院副院長所作一系列有關運河公司之判決，而院長是該運河公司持有好千英鎊的股東，由於他與該案例有「經濟上之利害關係」所以其命令被上議院撤銷。其實，樞密院院長在被告運河公司中持股並沒有產生偏私的真正實現可能性，但卻產生了正常人可以懷疑的一般可能性，所以構成了偏私應予迴避之理由，換言之，法院審酌該案給人之印象，只要有合理的理由足以懷疑決策者，因有利益衝突之可能，即構成迴避之理由。

二、真實可能 (real possibility)

所謂真實可能是應否迴避之標準取決於事實是否會產生偏私的確實可能，在毫無證據被指偏私的情況下，自然會有“真實可能”偏私才迴避之見解出現，因為如果沒有偏私的確實可能性，任何有常理的人都不會懷疑。

是故在「真實可能」的標準下，欲主張迴避之當事人可能無法「信口開河」或「無憑無據」地主張不公平而要求迴避，除非事實顯示出偏私的客觀可能性，否則法院也不會撤銷行政之決定。

三、真實的危險 (real danger of bias)

1993 年英國 House of Lord 在一個刑事案件中宣示了「偏頗的真實危險」，認為案件若有涉及金錢或財產上之利益者，恆應迴避，法院依個案判斷，認為有「偏頗的真實危險」者應迴避，其標準係從「法院之角度」而非「理智之人」之觀點來判斷，蓋法院可判斷之事實必歸諸理智之人⁷⁴。

⁷³ *Dimes V. Grand Junction Canal* (1852) 3 HLC759 轉引自 H.W.R Wade (supra note73), P464。

⁷⁴ 湯德宗，前揭文（註 70），頁 217；與此相較我國刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定得聲請法院迴避之原因為：「足認其執行職務有偏頗之虞」係指以「一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其安全客觀之原因，而非僅出於當事人主觀之判斷者始足當之。」最高法院 79 台抗字 318 號判決及 92 年台抗 89 號。

四、小結

雖然對於偏私的標準不斷因個案而有新的發展，但對於不管採合理懷疑或真實可能（偏頗）或真實危險都必須回到個案之事實加以判斷，是故有時候三個標準適用之結果會導致相同之結果，但在中介之案例中則須有更精確之判斷標準。

我國行政程序法施行未久，法院於判決中雖非難程序不無瑕疵但又下「於結果尚不生影響」相較於外國法理之闡述，行政法院似有義務闡明其所認定是否偏頗之標準。學者認為英國法所發展下之 *real danger of bias*（偏頗之真實危險）似可取法。換言之，應由法院依個案認為有偏頗危險者應迴避，亦即由承審法官，依社會客觀事實判斷，一般情形凡有此事實足認該公務員有偏頗危險時，即構成迴避之事由，依此有行政程序法 32 條情形一律推定有「偏頗之虞」⁷⁵。

第二目 偏頗之原因

會造成執行職務偏頗之原因有多種，除了親屬關係外一個普遍的問題是基於職務上之利害關係，例如自己曾參與該案件之作成或裁決，而於上級或裁決機關擔任裁決機關之成員。換言之，他們可以充任行政機關官員而與自己身分有關之案件相牽連。再者有特定友誼、門生故舊或家庭關係亦會造成偏見之情形，為便於探討其原因，茲列舉個別原因逐一探討如次：

一、職務上之利害關係

所謂職務上利害關係是裁決人以別的身分已經與案件有牽連，此時應否迴避會構成相當程度判斷之困難，一方面現代社會公民是否只能以一種身分提供服務，另一方面又必須捍衛公正無偏私的原則⁷⁶，以本文所舉第四則行政法院裁決為例，「原告另稱訴外人林○○原任國防部陸軍總司令部政戰主任，曾參與主導本件之原處分，嗣於 93 年 11 月 1 日調任國防部總政治作戰局副局長，並兼任國防部訴願審議委員會委員，其既參與原處分之作業核定，即屬本件之利害關係人，應於訴願審議程序自行迴避而仍參與訴願決定，本件訴願決定即有

⁷⁵ 湯德宗，前揭文（註 69），頁 219。

⁷⁶ H.W.R Wade (supra note 72)，P468。

程序上之重大瑕疵，而無以維持云云……。」

本案之訴願委員會林○○於自己參作成之處分案，現又成為爭議裁決（訴願委員）人，是否構成職務上之利害關係衝突？行政法院認為二點予以駁回：

(一)所謂於訴願事件有利害關係者，解釋上應指個人與事件本身有利害關係之情形而言，如與事件之當事人間或因牽涉事件而有利害關係等是；訴願程序係採合議制，訴願審議委員會中，雖有委員曾參與原處分程序，若其與該事件本身並無利害關係，尚不得逕認其有迴避審議之事由。

(二)本件之訴願決定，係由訴願審議委員會主任委員 1 位及委員 12 位計 13 位合議作成決定，有該訴願決定書影本附卷可證，林○○僅為委員之一，雖依原告主張其曾參與原處分程序，但在無事證足認其與事件當事人間或因牽涉事件而有利害關係之情形，客觀上尚難認其有不當影響訴願決定而有迴避之必要。由上觀之，原告指稱本件訴願決定有程序上之重大瑕疵無以維持云云，並未舉證以實其說。原告所稱尚非可採。

本文認為，我國實務上諸多委員會都會由本機關內高級文官擔任，常常會遇到作成處分機關之首長與接受申訴（或異議）機關之成員一起審理針對他自己曾參與之案件，上述判決以林○○僅係十三位成員之一，無事證足以證明與該事件有利害關係而認客觀上無庸迴避，其實反向思想，既然委員有十三人，若能於案件審理之時表明迴避，至少不會有令當事人「合理懷疑」可能造成不公的現象，我國實務上尚未意識到此點，在諸多判決中⁷⁷僅以該參與之成員人數做為考量因素，雖認程序未妥但仍對實體決定不生影響。未來似宜於法律中貫徹禁止偏私法理較妥。

二、審級利益

在以爭議裁決之委員會中常會有不同審級，此時常見之情形是一人身兼數職，例如各大學教師升等之評審委員會常須經過系、院、校三級三審，尤其後審恆可推翻前審之決議，為避免預設立場，影響決定之公正性，解釋上對於造成審級不公之現象應予迴避，以避免有作成決定權力之公務員因於程序外參與案件之處理導致後案之處理失其程序利益，我國法制上除訴訟法有類似規定外

⁷⁷ 最高行政法院 91 年判字 1514 號亦以人數作為考量之依據。

⁷⁸，若依行政程序法僅能以「有具體事實足認有偏頗之虞」由當事人申請或職權命迴避。

本文前舉第三則判決，許○○委員同時擔任縣與省教師申訴評議委員會，對於同一案件，法院認為，為維持評決之公正性仍以迴避為宜，且就行政救濟之當事人審級利益而言固有未妥，然並未撤銷該決議。我國實務似對於程序違反迴避有所非難，但並未推翻原來實體決定，此對當事人言未盡公平，並在法律未規定前宜修改內規或命令時訂定為宜。

三、門生故舊或個人友誼

在重視人際關係之社會裡，個人友誼或門生故舊有可能產生偏私情形，但人於社會中生活總有最低限度之社交生活，若僅因係門生故舊或朋友即認為會造成偏見也未免不合理，而應就實際狀況加以衡量。舉例言之，當事人曾與口試委員係大學之師生或研究所論文指導教授關係可能不同，若為碩士班論文之指導教授係學術上之父子關係遇有此情形似應迴避。蓋從客觀上觀察確實有可能造成偏私之因。然若僅係朋友關係則仍應視不同情形，英國法上有一案例，法官是一當事人母親的朋友，而這個當事人又讓人知道法官會偏向她一邊時，治安法官被取消了裁決資格。換言之，於此情形下應迴避；但若僅係單純的認識則並不構成迴避。

我國行政法院裁判（第一則）有關公費留學考試，其中口試委員與應考人係研究所碩士班論文指導教授關係該判決謂「被告辦理 86 年公費留學考試之面試雖不無瑕疵，惟並未影響其結果原處分尚無應予撤銷之情事……。」可見我國實務一貫見解都採非難程序瑕疵但並不推翻實體決定。

四、其他事由足認偏頗—事先心證之表白

某些委員會之成員事先對某些議題已有定見並發表反對見解，此時可否以其他事足認偏頗之虞，要求其迴避。舉例言之，環保署針對重大開發案之審議，設有環境影響評估委員會（下稱環評會），於環評會外有委員對影響環境之高污染產業表示反對到底，此時業者向環保署要求該等委員應迴避，蓋環評委員對於台塑鋼鐵開發與否存有預設立場及成見，已構成行政程序法第 33 條的「執行

⁷⁸ 我國法制上為防止造成審級不公亦有類似之規定，如行政訴訟法第 19 條第 2 款規定，曾在中央或地方參與該訴訟事件之行政處分或訴願決定者，應自行迴避。

職務有偏頗之虞」應迴避審查，然該等委員則指出則認為行政程序法規範的是「公務人員」環評委員是學者專家並非公務人員⁷⁹。

對此爭議可整理出二個爭點，其一，行政程序法第 33 條之「公務員」是否包括「專家學者」？依本文之見解，環評委員會既係依法令成立之委員會，則該成員自屬行政程序法第 33 條之公務員，換言之行政程序法第 33 條之公務員應採最廣義公務員概念。至於可否指摘預設立場及成見而構成「執行職務有偏頗之虞」則須進一步探究，一般說來，專家學者有其「專業上」之堅持，若並非針對個案細部表示意見則尚不能認為「執行職務有偏頗之虞」，否則也將造成提出申請之一方利用此管道申請迴避。

第四款 外聘委員是否為公職人員利益迴避法規範之對象

外聘委員原本非公務人員法制下之「公務員」，但是因為他所參與的事務涉及公共利益，立法例上大都在個別法規中訂有迴避之規定⁸⁰。尤其是案件處理及不服審查型之委員會，其決定代表國家機關之意思表示，理當要求公正、中立、無偏頗。我國規範公職人員利益衝突迴避制度者係 89 年 7 月 12 日新制之「公職人員利益衝突迴避法」該法開宗名義揭示其目的為：「促進廉能政府、端正政治風氣建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送⁸¹，其適用範圍並於該法第 2 條規定所稱之「公職人員」係指公職人員財產申報法第 2 條第 1 項之人員⁸²。」觀之上述人員大都為廣義之公務員。

⁷⁹ 相關爭議報導參聯合報 2007 年 6 月 9 日 A13 綜合版，本文認為我國尚未慮及專家學者參與機關委員會運作之相關法制，反觀德國聯邦行政程序法有針對此等「榮譽職」委員做相關規範，故權宜之計應往「立法論」思考而非陷於「解釋論」之泥淖。

⁸⁰ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 7 條。

⁸¹ 公職人員利益衝突迴避法第 1 條。

⁸² 公職人員財產申報法第 2 條第 1 項規定：「下列公職人員，應依本法申報財產：一、總統、副總統。二、行政、立法、司法、考試、監察各院院長、副院長。三、政務人員。四、有給職之總統府資政、國策顧問及戰略顧問。五、各級政府機關之首長、副首長及職務列簡任第十職等以上之幕僚長、主管；公營事業總、分支機構之首長、副首長及相當簡任第十職等以上之主管；代表政府或公股出任私法人之董事及監察人。六、各級公立學校之校長、副校長；其設有附屬機構者，該機構之首長、副首長。七、軍事單位上校編階以上之各級主官、副主官及主管。八、依公職人員選舉罷免法選舉產生之鄉（鎮、市）級以上政府機關首長。九、各級民意機關民意代表。十、法官、檢察官、行政執行官、軍法官。十一、政風及軍事監察主管人員。十二、司法警察、稅務、關務、地政、會計、審計、建築管理、工商登記、都市計畫、金融監督暨管理、公產管理、金融授信、商品檢驗、商標、專利、公路監理、環保稽查、採購業務等之主管人員；其範圍由法務部會商各該中央主管機關定之；其屬國防及軍事單位之人員，由國防部定之。十三、其他職務性質特殊，經主管府、院核定有申報財產必要

於此須進一步說明者，外聘委員是否為該法第 2 條第 1 項第 13 款規定之「其他職務特殊者」。本文認為，雖然法制上公職人員利益衝突迴避法與財產申報法之適用對象採取相同之立法例，但二者仍應分別以觀。

首先，利益衝突迴避係衡平之價值，換言之不管行政或司法，沒有任何一個人可以在自己案件充當法官，此乃歷久不衰之法價值，故外聘委員參與公共事務之調查、評選、甄審、審議自不得因其作為或不作為，直接或間接使本人或關係人獲取利益。

再者，若欲規範外聘委員之利益衝突迴避，在解釋論上可將外聘委員解釋成該法第 2 條第 1 項第 13 款之「其他職務性質特殊者」。換言之外聘委員為公職人員利益衝突迴避法之適用對象。但是外聘委員是否為財產申報之對象則有必要進一步論證（容後述），至於若外聘委員違反利益衝突迴避則可適用公職人員利益衝突迴避法相關之罰則，茲整理如次：

表 5-2 公職人員利益衝突迴避法罰則表

違反義務	罰則
第 7 條：「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益。」 第 8 條：「公職人員之關係人不得向機關有關人員關說、請託或以其他不當方法，圖其本人或公職人員之利益。」	100~500 萬元；所得利益追繳（§14）
第 9 條：「公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。」	交易金額之 1~3 倍罰鍰（§15）
第 10 條第 2 項：「前項情形，公職人員應以書面分別向公職人員財產申報法第 4 條所定機關報備。」	100~500 萬元（§16）
第 14 條：「違反第 7 條或第 8 條規定者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰；所得財產上利益，應予追繳。」 第 13 條：「前條之申請，經調查屬實後，應命被申請迴避之公職人員迴避，該公職人員不得拒絕。」	150~700 萬元（§17）

第五款 外聘委員未迴避之後果

應迴避之外聘委員參與行政程序而作成「行政處分」，該處分即確有程序上之瑕疵，依本文之見解「外聘委員」亦為公職人員利益衝突迴避法之適用，依該法第 11 條規定：「民意代表以外之公職人員於自行迴避前，對於該項事務所為之同意、否決、決定、建議、提案、調查等行為均無效，應由其職務代理人

之人員。」

重新爲之⁸³。」

第四項 財產申報之義務

外聘委員與傳統公務人員有別，是否可以準用或適用公職人員財產申報法即成問題「公職人員財產申報法」初訂於民國 82 年 7 月 2 日，經於 83 年 7 月 20 日及 84 年 7 月 12 日及 96 年 3 月 21 日三次修正，現全文共 20 條。該法所稱之「公職人員有其特定範圍，與公務人員範圍有別，係指財產申報法第 2 條所列舉之 13 款應申報財產之人員。」

與本主題有關者係公職人員財產申報法第 2 條第 1 項第 13 款之「其他職務性質特殊，經主管府、院核定有申報財產必要之人員」，本款之立法用語係採用「概括條款」，於是在解釋上「機關外聘委員」是否可以解釋成「其他職務性質特殊」，此攸關外聘委員之財產申報與否，本文認爲可以有以下之思維；持肯定見解者係從公職人員財產申報之立法目的，該法係爲確立公職人員清廉之作爲，雖然「外聘委員」身分上並非法制意義下之「公職人員」，但是其所參與履行者與一般公務人員並無一致，故「外聘委員」應可該當於「其他職務特殊者」。換言之，「職位雖不同，但任務並無二殊；然而，若從實務運作層次觀之，「外聘委員」受聘參與國家事務僅具有榮譽象徵，在權利方面可謂少之又少，僅有微薄的車馬費或出席費（審查費），即要將其「財產公布」此是否有違比例原則不無疑問，同時亦須考量在公益與私益間必須取得平衡。

本文認爲「財產申報」與「利益衝突迴避」兩者仍有所不同，故若將外聘委員解釋成該法第十三款之「其他職務特殊者」納入該法之規範，成爲財產申報之義務人，將造成許多專家學者或公正人士等以社會賢達身分受遴聘之外聘委員，恐其隱私曝露而拒絕受聘，此將造成阻礙公正專業力量進入各該機關參與公共事務之主因。

外聘委員財產之資訊屬於隱私權，爲憲法 22 條保護之基本權，依憲法 23 條之規定，爲增進公共利益（確立公職人員清廉作爲）以法律限制隱私權並非不可，但必須合乎比例原則。換言之仍須在手段（限制隱私、財產申報）與目的（清廉作爲）之間檢視其關聯性是否相稱？手段所加諸之損害是否超過目的

⁸³ 陳敏，行政法總論（增訂 5 版），作者自版，2007 年 10 月，頁 1106。

所能獲得利益？於此應思考者係被規範對象所擁有的公權力與影響力，權力愈大者要求財產申報之正當性愈強。反之權力愈小者要求財產申報之正當性就愈低。

外聘委員固然介入公共事務擔任諮詢、調查審議、爭議裁決，但其所得報酬也僅係幾千元之出席費或車馬費而已，而且政府引進專家學者協助公部門面對多元化與專業化變遷之社會，若因此必須申報財產似乎過當⁸⁴。本文認為外聘委員係以專家學者公正人士身分協助政府，其並非代表政府，故外聘委員雖參與公共事務但並非公職人員財產申報法適用之對象。

第五項 禁止程序外接觸之義務

第一款 概說

「關說」一詞在我國係屬於負面用語，其意旨為「代為說情請託」亦為我國行政文化中之一環，公務員於行政程序中常來自於民意代表之請託，造成行政行為的不公，為避免此種「陋習」發生，防止行政行為的不公，而有行政程序法第 47 條「關說引導」（或稱禁止片面接觸）之訂定⁸⁵。

隨著行政任務的日趨複雜，行政機關以及負責具體決定的公務員往往必須藉助與私人間的非正式接觸，始能對於決策有所體會，掌握全盤基礎事實，作出符合公益的決定。然而，此種發展卻可能導致公務員與私人間的片面勾結，使得惡性關說文化氾濫，造成利害關係人之間的資訊不對等狀態，從而影響行政本身的公正性⁸⁶。如何在這兩個價值之中取捨實為難事，關說既已存在許久，如何讓它「陽光化」並將害減至最少，唯一方法即法制化。

第二款 行政程序法第 47 條規定

「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸」（第 1 項）。其有行政程序外之接觸者，應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開（第 2 項）；程序外之接觸非以書

⁸⁴ 陳長文，公廣媒體董監申報財產，矯枉過正了，載於中國時報 A14，2008 年 12 月 22 日。

⁸⁵ 湯德宗，行政程序法論，2000 年 10 月初版 1 刷，頁 17。

⁸⁶ 葉俊榮，面對行政程序法，台北，元照，2002 年 3 月，頁 149。

面爲之者，應作成書面紀錄，載明接觸對象、時間、地點及內容（第 3 項）。

與本研究主題有關者是行政程序法第 47 條之「公務員」是否包括本文所研究之「外聘委員」，本文認爲外聘委員若參與國家公共事務之審議、爭議裁決、監督管理、調查等事務攸關人民權益，自應爲上述公務員概念所含蓋。故外聘委員於所參與之行政程序中，除基於職務上之必要外，得與當事人或代表其利益之人爲程序外之接觸。

第三款 評釋

我國行政程序法之所以將「關說引導」予以「陽光化」爲解決現代管制國家所遭遇到的兩難，一方面明文宣示公務員不得與當事人或代表其利益之人爲程序外片面接觸之原則（第 1 項）；另一方面，若基於職務上之必要，則透過課予公務員應就其程序外片面接觸時所有往來書面文件附卷、對其他當事人公開（第 2 項），以及作成書面紀錄（第 3 項）等義務，以維持私人之間資訊地位的平等，進而促使既有的關說文化得以透過公開與制度化的方式，發揮其降低行政機關與人民間溝通成本的正面功能⁸⁷，但是否真正能夠達到此目的，筆者持懷疑態度，一來在臺灣官場文化中，「關說」來自於有權勢之民意代表，而民意代表往往握有「機關預算審查權」，要官員不屈服於「關說」可說是天方夜譚；另一方面，行政程序法第 47 條程序設計之結果，將造成私下請託失其意義，是否有實質意義頗值質疑，觀之行政程序法施行近九年以來，行政程序法第 47 條之案件很少⁸⁸，即便是有也不是依此程序而做⁸⁹。

第六項 外聘委員名單揭露（資訊公開）之義務

現代社會是一個非常重視資訊的時代，尤其政府與行政機關必須要公開活動資訊，從前的行政活動只對利害關係者提供訊息，但是現在也必須對一般國民提供適當的資訊⁹⁰，專家學者所參與之委員會從功能的角度，有諮詢性、審議性及爭議裁決型，由於其參與程度影響人民之權利甚鉅，晚近當委員會代表

⁸⁷ 葉俊榮，前揭書（註 86），頁 150。

⁸⁸ 筆者以行政程序法第 47 條爲檢索的案件，非常之少。

⁸⁹ 高雄高等行政法院 93 訴字 248 號。

⁹⁰ 森田朗，會議の政治學，慈學書選，2005 年，頁 126。

機關決定作成處分時，遭人民質疑「黑箱作業」進而要求公開委員會參與委員之名單，審議或評選過程，以昭公信，司法實務及行政函釋不乏其例⁹¹。

從人民的角度言，委員之基本資料（組織適法性）及審議過程是否公開為正當程序之一環，事涉機關決定結果合法與否。基此本文擬就委員會（及委員）是否有義務提供，甚至公開資訊做相關之論述。

第一款 委員名單是否為政府資訊公之內容

政府資訊公開法之立法意旨，乃為滿足人民「知的權利」(the right to know)及促進行政資訊之公開化與透明化，其公開之對象為一般人民，屬於「一般性之資訊公開」，依該法申請提供之權利為「實體權利」，我國政府資訊公開法第7條規定應公開之資訊及同法第18條應限制或不予公開之規定⁹²。

該法第7條第1項第10款規定「合議制機關之會議紀錄」應予公開，所謂合議制機關之會議紀錄依同條第3項規定係指：「由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由、決議內容及出席會議成員名單。」

除了行政院所屬合議制機關外，我國有許多專家學者參與之委員會，大都為機關內部為任務編組而設立之「合議制內部單位」，並非「合議制機關」，故並非政府資訊公開法第7條第1項第10款所適用之對象。

政府資訊公開法施行伊始，對於法律規定之解釋及適用常會產生「望文生義」之誤謬，該法規定「合議制機關之會議紀錄」應予公開，我國行政機關型態有「獨任制」與「合議制」，合議制又稱為「委員會」，但是我國行政組織內部有許多由專家學者或公正人士組成之「委員會」。該專家學者組成之委員會並無以自己名義對外行文，雖然擔任審議、評選等事務，最後仍應以「行政機關」名義為之。但一般輒誤會該專家學者組成之委員會（如都市計畫委員會或審議委員會……），即是「合議制機關」故實務上有諸多函釋係針對此點⁹³，其後之

⁹¹ 例如考試評分要求閱卷委員公開其評閱標準，台北高等行政法院97年度訴字1060號；要求衛生署提供「醫事審議委員會名單」，法務部94年10月3日法律字0940035791號函；湯德宗，資訊公開暨資訊隱私法案例研究（2006/11~2007/10），載於《2007行政管制與行政爭訟》，黃舒凡主編，2008年11月，頁326以下。

⁹² 林素鳳，我國政府資訊公開法制初探，載於月旦法學雜誌第136期，2006年9月，頁37~38。

⁹³ 法務部91年1月10日法律字第0090047712號函，89年11月17日（89）法律字036656號函。

「政府資訊公開法」遂於第 10 條第 3 項明示「第 1 項第 10 款所稱合議制機關之會議紀錄，指由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議案之案由、議程、決議、內容及出席會議成員名單。」

但是，細究之，此等專家學者參與的委員會其成員名單，是否僅能以「非政府資訊公開法」應予公開之內容，而拒絕不無疑問。事實上專家學者所參與之委員會，係以其專業知識遴聘其參與公共事務，具有「榮譽職」之意味，理應公開並藉由大眾檢驗其是否真正具備「專家」之身分，故至少委員會之名單應「公開」讓民眾處於隨時得查閱之狀態。

從比較法之角度，日本中央與地方行政組織中亦不乏有此類似組織，其名稱為「審議會」⁹⁴者，日本內閣會議於平成 11 年 4 月 27 日（1999 年 4 月 27 日）提出審議會合理化縮減的基本計畫，其中對於審議會組織方針關於「委員」之部分，包括委員組成、委員的選任（含年齡限制、兼職、任期、女性委員等）以及委員姓名之「公開」提出了運作之方針。如今內閣府總務省將各個類別之審議會有關之基本事項，包括網址、法令依據、設置年、月、日所掌事務，委員人數以及基本資料（姓名、經歷）均對大眾公開⁹⁵。

反觀我國，早期並未意識到在傳統官僚行政組織之外，有無數的委員會，此等相關法制及運作方針不應零散於各個部門而應有統一的法制或資訊整備，以保障人民「知的權利」同時相關法律完備亦可省去爭訟之困擾。

晚近，在個別零星法規於審議後有將委員名單公開者，如採購評選委員會須知要點第 12 點規定：「機關於評定最有利標後，將於主管機關之政府採購網站公開「全部委員姓名、職業及評定最有利標會議之出席委員姓名。」但尚未有針對委員會委員名單對外公佈之通盤檢討考量，本文認為除有特殊考量者外，宜採日本的做法，將有關我國外聘委員參與之委員會做系統化的整理規劃，同時對外公開讓人民得隨時查閱的狀態。

第二款 可否要求提供會議紀錄及出席委員會名冊

行政機關決定或處分之相對人，要求委員會應提供其會議紀錄之內容資料

⁹⁴ 日本國家行政組織法第 8 條及內閣府設置法第 37 條及 54 條及地方自治法第 138 條之 4。

⁹⁵ 審議會總覽，（日本）行政管理研究所センター編著及發行所，2008 年 12 月 19 日（總頁數 453 頁）。

及出席委員之名冊，於實務上所在多有⁹⁶。於此須辯明者，會議紀錄內容與會議決議內容並不相同。揆諸資訊公開即便是合議制機關亦僅公開「會議之議程、案由、決議內容及出席會議名單」至於整個開會過程，委員如何主張，此屬於內部共識階段，僅係委員會委員個人意見之表達，並透過溝通、辯論，最後大多採多數決方式、責任一體，似不宜針對個別之過程或發言內容而要求提供會議資料，否則將造成當事人對於會議內容之吹毛求疵，茲生困擾。

我國實務曾有申請換發電視執照遭拒而請求閱覽衛星廣播電視事業審查委員會之會議紀錄，高等行政法院以衛星廣播委員會之審查結案（決議或決審），僅屬於主管機關作成處分前應審酌之事業，並非由委員會作成之行政處分，各別委員之審查亦非會議決議事項，僅屬於行政處分作成前之擬稿或準備作業資料，主管機關得依行政程序法第 46 條第 2 項第 1 款拒絕當事人或利害關係人申請閱覽⁹⁷。

本文雖不贊同將會議過程紀錄之內容公開，但是對於專家學者參與之委員會其參加之委員並無不公開之理由。故委員會參加之名冊應予公開。此外會議過程內容不公開但於決議之理由（亦即作成處分或決定之理由）應予公開自不待言。

⁹⁶ 台北高等行政法院 95 年訴字 1500 判決，申請換發電視執照遭拒者請求新聞局衛星廣播電視事業審查委員會之會議紀錄。

⁹⁷ 台北高等行政法院 95 年訴字 1500 號判決。

第三款 專家學者委員之基本資料

本來政府資訊公開之精神乃在落實憲法保障人民知的權利，讓政府的作為夠攤在陽光下接受檢驗⁹⁸，但是在我國媒體常會有「爆料」文化，甚至捏造不實的資料，對參與之委員做「人身攻擊」以達到特定目的，這種現象在龐大工程利益的招標評選案中屢見不鮮，相對地造成參與評選委員相當大的困擾，甚至退出社會參與工作。本文認為，在長期依法令聘任（即有任期）之外聘委員，各機關應將委員之姓名、基本資料公開於人民可隨時查閱之狀態，至於因案件性質事前有保密之必要者當可豁免，至於審議之後亦應公開讓大眾檢驗，我國目前法制大都便宜行事，以低位階之內規規範，未來似應將之法制化並依應依法規規定。我國目前大都以行政規則之方式，例如主管政府採購之「行政院公共工程委員會」訂有「採購評選委員會須知」該須知第十二點規定：「機關於評定最有利標後，將於主管機關之政府採購資訊網站公開全部委員姓名、職業及評定最有利標會議之出席委員姓名。採購評選委員會之會議紀錄及機關於委員評選後彙總製作之總表，除涉及個別廠商之商業機密者外，機關將允許投標廠商申請閱覽、抄寫、複印或攝影。機關對於各出席委員之評分或序位評比表，除法令另有規定外，應保守秘密，不得允許申請閱覽、抄寫、複印或攝影。」⁹⁹

第四款 我國實務考察－請求閱覽審查委員名單及專業背景

第一目 案例事實

本案緣於原告（開業診所醫師）與健保局簽約之醫療申報病人之住院診療費用，經醫療服務審查委員會地區審查小組專業審查認定後，健保局高屏分局予以核減原告要求「健保局高屏分局」提供專業審查醫師名單等資料，遭健保局高屏分局拒絕而提起訴訟¹⁰⁰。

⁹⁸ 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，載於月旦法學第 62 期，2000 年 7 月，頁 35 以下。

⁹⁹ 行政院公共工程委員會工程企字第 09700278120 號函修正（2008 年 7 月 7 日）。

¹⁰⁰ 以下相關資料分析整理自高雄高等行政法院 96 年訴字 926 號判決（2008 年 3 月 31 日）。

第二目 本案之爭點

原告質疑被告機關於遴聘審查委員時並未透明，並要求提供專業審查醫師（委員）之姓名及專業背景，其主張認為：

- 一、健保局所謂專業審查之水準，已至荒唐錯誤之程度，足以令人質疑其醫師資格，更遑論是否具有專科醫師之資格，已侵害醫療院所權益甚鉅，為避免此一缺失，醫療服務審查過程應「公開」。
- 二、委員會成員¹⁰¹係如何選出，如何被推薦，其醫療專門領域為何，未曾對外公開審查醫師委員名單，健保局如何遴聘審查委員會之專業審查醫師，是否有依法「洽請全國性相關醫事團體推薦」實有疑問。且審就個案中刪除給付醫療費用之理由，多半語焉不詳，完全違反醫療一般常規之專業知識，常以短短一句話即將整筆案件核刪。
- 三、要求公開全部醫療審議資料，特別包括審查醫師之姓名、專業背景（即是否具有審查該件病例之專科醫師資格）及其審查醫師遴選之經過，俾以確認審查均符相關法律規定，亦可闡明相關醫學爭點，以昭公信。
被告健保局高屏分局則以援引相關法規¹⁰²以及「醫院抽樣及審查作業流程」之工作時，均有標準之工作流程可稽。且於原則上，送專業審查醫師案件均為電腦隨機分案，依照送審科別分案後，始到達專業審查醫師手中。專業審查醫師閱畢後會由專人送回承辦人處，依審查結果進行案件核算。被告所為之原處分並無違法之處等語。

第三目 法院看法

法院對於上述爭議及主張則認為：

- 一、中央健保局為審查保險醫事服務機構辦理全民健康保險之醫療服務項目、數量及品質，應遴聘具臨床或實際經驗之醫藥專家，組成醫療服務審查委

¹⁰¹ 審查醫師之專業需符合中央健康保險局醫療服務審查委員會設置辦法第 7 條「審查委員會由健保局遴聘具 5 年以上教學、臨床或實際經驗且經認定對臨床與保險著有貢獻之醫藥專家 26 至 31 人為委員組成，並指定總召集人及副總召集人各 1 人。委員任期 2 年，期滿得續聘 1 次。審查委員會委員，健保局得洽請全國性相關醫事團體推薦符合前項規定資格之人選遴聘之。」之規定。

¹⁰² 全民健康保險法第 52 條、全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法第 16 條第 1 項。

員會，審查委員會為審查業務需要，並得設審查小組及地區審查分組，以審查一般醫療服務案件、一般事前審查案件、特殊事前審查案件及申復案件等。

- 二、且醫療服務審查委員會審查小組及地區審查分組之醫師、藥師等醫事人員，係由醫療審查服務委員會提報健保局遴聘具有資格人員擔任。準此，醫療服務審查委員會地區審查分組之醫師、藥師等醫事人員係由健保局遴聘，並非由被告健保局高屏分局遴聘，故醫療服務審查委員會地區審查分組仍隸屬中央健保局，而非隸屬於被告健保局高屏分局，至為明確。
- 三、本件原告請求被告公開醫療服務審查委員會所屬地區審查分組係由何專業審查醫師審核之資訊，即非被告之職掌事項。是原告請求被告應准許原告閱覽抄錄被告審查原告病患卓○○於 95 年 12 月間治療甲狀腺癌疾病醫療服務費用之專業審查委員姓名、醫學專業背景資料云云，即屬無據¹⁰³。

第四目 本文見解

行政資訊公開之目的，在落實憲法保障人民「知的權利」，同時行政資訊之公開透明化，不僅可避免行政機關以秘密會議方式私相授受而濫用公權力，且有助於強化人民對政府之信任，更可使行政處分在推動可能面對之阻力降至最低，進而達成提高行政效率之目的，此亦為行政資訊公開法之立法理由¹⁰⁴。

政府資訊公開固以「公開」為原則，然若遇有優越之公益仍須退讓，各國立法例亦有豁免之規定，我國政府資訊公開法規定在第 18 條共 9 款。其中與本文有關者為上述審查委員名單，審查過程會議資料是否屬於「豁免公開」之內容。為使各機關暢所欲言，無所瞻顧，俾政府決策計慮週詳，各國立法例多明定，政府內意見形成之資訊豁免公開，例如美國規定「機關相互間或機關內部之備忘或函文，而為與機關進行訴訟之他造當事人依法無從獲得者得「豁免公開」，此乃保護「思辯過程」(deliberative process) 則得主張豁免者，必是「作

¹⁰³ 全民健康保險法第 52 條及中央健康保險局醫療服務審查委員會設置辦法第 1 條、第 2 條、第 3 條、第 5 條第 1 項第 2 款及第 4 款、第 6 條第 1 款、第 2 款及第 3 款、第 7 條、第 8 條、第 9 條及第 11 條所明定。

¹⁰⁴ 但是，就行政機關而言，要求其資訊公開就如同沒事找碴，雞蛋中挑骨頭的行為，故常會如同擠牙膏般的回應，參森田朗，前揭書（註 90），頁 129。

成意思決定前之意見或溝通文件」¹⁰⁵，我國政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 3 款「政府機關作成意見決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業」屬於「豁免公開」之部分。依此原告所請求公開「醫療服務審查過程及會議資料」應公開似無理由。

其次，原告要求公開專業審查醫師之姓名及專業背景，健保局不得以資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款「公開或提供有害個人隱私、職業上秘密……」為理由而拒絕，蓋在專業分工的社會，既然被遴聘為專家自應接受社會大眾檢驗，不得藉詞以「隱私」為由予以拒絕，不過此處公開審查醫師之姓名及專業背景，並非針對個案審查的醫師，而係全體醫師遴聘之名冊。

最後，本判決遺憾之處在於，強調高屏分局非「職權」機關謂：「原告請求被告公開醫療服務審查委員會所屬地區審查分組由何專業醫師審查之資訊既非被告職權……是原告所謂……即屬無據」，而非針對原告所請求之內容論斷。

第七項 嚴守秘密之義務

外聘委員所參與者為公共事務，係屬於「榮譽職」之工作，在公務上是否有守密之義務頗值探討。我國公務員依公務員服務法第 4 條第 1 項之規定：「公務員有絕對保守政府機關機密之義務，對於機密事件無論是否主管事務，均不得洩漏，退職後亦同。」此目的在於保障公務之順執行，避免國家或政府因為洩密而遭致重大損害，因此對於保管中或知悉之機密文件，皆不得對外洩漏¹⁰⁶，於本項所應探討之課題有二，其一，外聘委員應否類推適用公務員服務法之規定，其二，關於公務保密之範圍為何？換言之，公務機密如何認定，此與行政資訊公開有關。

¹⁰⁵ 湯德宗，行政程序法，刊於翁岳生主編，行政法（下），台北，元照，2006 年 10 月 3 版 1 刷，頁 146～147。

¹⁰⁶ 吳庚，行政法理論與實用，作者自版，2007 年 9 月，頁 266～267；林明鏘、蔡茂寅，公務員法，載於翁岳生編，行政法（上），2006 年 10 月 3 版 1 刷，頁 317；李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007 年第 3 版，頁 185。

第一款 德國法之規定

德國行政程序法上對於榮譽職之工作人員有特別規定，依該法第 83 條規定，榮譽職工作人員應依其良心，公平執行職務；榮譽職工作人員於承擔職務時，對其工作負有依其良心、公平執行、及保守秘密之特別義務。上述義務應以書面告示之¹⁰⁷。

同時，該法第 84 條對於榮譽職工作人員之保密亦設有如次之規定：

- 一、榮譽職工作人員於其榮譽職工作結束後，對於職務中知悉之事項，仍應保守秘密。但服勤務時來往之通知，或已公然之事實，依其性質無保守秘密之必要者，不在此限。
- 二、榮譽職工作人員未經許可，不論於法庭內外，均不得對其應保守秘密之事項為陳述或聲明。
- 三、對於證人而陳述之許可，僅於其陳述將對聯邦或邦引起不利之後果，或將嚴重危害公務之履行，及使其履行將發生相當困難時，始得拒絕之。
- 四、榮譽職工作人員為法院訴訟案件之當事人，或其陳述有益於維護正當利益者，即使具有前面之要件，亦僅於強行性公益之要求下，始得拒絕許可。如拒絕許可時，應於公益准許之範圍內，對於從事榮譽職工作人員加以保護¹⁰⁸。

第二款 外聘委員應否類推適用公務員服務法守密義務之規定

外聘委員參與公共事務之類型不一，有為政策或個案諮詢型、有為不服處分型、有為案件處理型，是故關於外聘委員其身分雖非「公務員」但其所參與者均為「公務」。除了「諮詢型」與公務保密不相排斥外，有關案件處理型及不服審查型之外聘委員依事件之性質應予保密。事實上我國法制對於上述二類型之外聘委員在參與公務過程中亦有「保密」之規定，茲說明如次：

¹⁰⁷ 胡建森主編，中外行政法規分解與比較（中），北京，法律出版社，2004年，頁1404～1405。

¹⁰⁸ 同前註，頁1405。

第一目 案件處理型之委員

案件處理型之外聘委員乃在過程中參與國家意見表示之決定，而處理之過程又與結果息息相關，甚至其意見直接成為機關之決定。對此，依該事件之性質自應保守秘密。以政府採購評選及民間參與公共建設之甄審為例，在各該辦法中（雖未於法律中明定）均設有規定。例如民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 10 條規定：「甄審會委員及參與評審工作之人員對於申請人提送之資料，除公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密，評審作業完成後亦同，同辦法第 17 條規定，甄審會會議應作成會議紀錄，由出席委員全體簽名（I 項）；甄審會之會議紀錄及主辦機關於委員綜合評審後彙總製作之總表，除涉及個別申請人之商業機密者外，申請人得申請閱覽、抄寫、複印或攝影（III 項）；各出席委員之綜合評審內容，除法令另有法定外，應保守加密，不得申請閱覽、抄寫、複印或攝影。」從上述法制觀之，可歸納出以下幾點：

首先，在案件處理過程為避免不必要之困擾，對於參與之外聘委員名單及審議處理之案件予以「事先保密」¹⁰⁹，並要求委員對外保密。至於處理案件結束後，以國家機關對外意思表示，針對決定之內容如「委員綜合評審後彙總製作之總表」，除涉及商業機密外則允許申請人閱覽，此並無保密之必要。

其次，委員會係一合議體，其結論是由多數委員以「多數決」之方式形成，在形成共識之過程中難免意見相左，同時會議亦會有「發言紀錄」，為保護會議之思辯過程並讓委員有充分發言的機會，個別委員對於所參與會議之內容應保守秘密。

第二目 不服審查型之委員

不服審查型之委員其任務乃承擔對於審查結果決定之不滿，此種會議體有的其決定本身可以作為國家意思向外部表示，具有法的效力，外聘委員處理此類型業務與公務員類似，其保守秘密之義務自應與公務員相同。

公務員本身對於職務上之事務，只要是機密均應有保密之義務，外聘委員與公務員最大之差異在於並無「職」，但其所從事之「任務」卻幾乎與公務員相

¹⁰⁹ 例如在甄審會之前，若先將委員名單公開可能造成各方人馬關說或藉機影響評選甄審結果，有害處理之公平性。

同，故本文認為，若外聘委員在參與公共事務時，該事項對於公務員屬於「公務機密」應保守秘密時，外聘委員亦應同受拘束，並不會因為未具備公務員身分而有所不同¹¹⁰。

第三款 公務機密之認定

在外聘委員應否保守秘密之討論中得出，在參與公共事務之過程若屬於「公務機密」，不論公務員或外聘委員對於該機密自應保密不得外洩。一般說來，再將之分為職務上所知曉之機密和職務上之秘密，而前者包括後者，但如何認定「公務機密」事涉外聘委員對該事件應否保密。學界對是否為「機密」之認定有以下幾說¹¹¹：

形式秘密說又稱指定秘密說，本說係將公務機密之概念及範圍交由行政機關指定，此說顯然過於廣泛，蓋國家為掩飾行政失當或不法行為，可以依權責將其指定為「機密」顯不妥當，況我國國家機密保護法第5條亦規定：「國家機密之核定，應於必要之最小範圍內為之。核定國家機密，不得基於下列目的為之：一、為隱瞞違法或行政疏失。二、為限制或妨礙事業之公平競爭。三、為掩飾特定之自然人、法人、團體或機關（構）之不名譽行為。四、為拒絕或遲延提供應公開之政府資訊。」¹¹²

實質秘密說認為機密係於指定之公務機密中，實質上值得保護者為限，並非所有「指定」之公務機密都足以符合機密之要件，此說對於機關浮濫指定「機密」之作法具有某種程度修正的功能¹¹³。

日本通說與判例係採此說認為，實質上被認為值得作為秘密來保護的事項才屬於公務機密¹¹⁴。

複合說認為公務機密除須形式上被指定為機密者外，還必須實質上值得保

¹¹⁰ 關於公務員「職」與「務」之描述，參李惠宗，行政法第3版，台北，元照，2007年版，頁175～176。

¹¹¹ 塩野宏，行政法Ⅲ（行政組織法）有斐閣，2008年10月10日3版1刷，頁289，。

¹¹² 林明鏘，將之分為形式秘密說、實質秘密說、總括說及複合說，公務機密與行政資訊公開，收於氏著公務員法研究(一)，台北，學林，2000年，頁67～69。

¹¹³ 林明鏘，前揭文（註112），頁67。

¹¹⁴ 塩野宏，前揭書（註111），頁289；石村善治，公務員與秘密保持義。《行政法大系9》，201頁以下。

護，換言之，形式上雖被指定為公務機密，但是實質上並不值得保護者仍非「公務機密」，此說較前說嚴格。

對於公務機密之認定究應採何說，我國國家機密保護法第 2 條規定：「本法所稱國家機密，指為確保國家安全或利益而有保密之必要，對於政府機關持有或保管之資訊，經依本法核定機密等級者」，該條前段規定：「...為確保國家安全或利益而有保密之必要者」，此之必要為值得保護之利益，係採「實質秘密說」而後段「...經依本法核定等級者」，依同法第 7 條¹¹⁵國家機密核定之權責由機關首長指定機密等級，可知係採「形式秘密說」，故我國對於公務機密之認定係採「複合說」。

第八項 不為特定行為之義務

外聘委員雖然不似公務人員具有一定的官等與職等，但當其參與公共事務時，其任務與公務員並無二致，於是即產生外聘委員接受政府遴聘後，在參與過程中甚至職務完成後之不為特定行為義務，要觀察此義務應從公務員服務法、利益衝突迴避法及其他相關法規尋繹相關之規定，茲說明如次：

¹¹⁵ 國家機密保護法第 7 條規定：

國家機密之核定權責如下：

一、絕對機密由下列人員親自核定：

(一)總統、行政院院長或經其授權之部會級首長。

(二)戰時，編階中將以上各級部隊主官或主管及部長授權之相關人員。

二、極機密由下列人員親自核定：

(一)前款所列之人員或經其授權之主管人員。

(二)立法院、司法院、考試院及監察院院長。

(三)國家安全會議秘書長、國家安全局局長。

(四)國防部部長、外交部部長、行政院大陸委員會主任委員或經其授權之主管人員。

(五)戰時，編階少將以上各級部隊主官或主管及部長授權之相關人員。

三、機密由下列人員親自核定：

(一)前二款所列之人員或經其授權之主管人員。

(二)中央各院之部會及同等級之行、處、局、署等機關首長。

(三)駐外機關首長；無駐外機關首長者，經其上級機關授權之主管人員。

(四)戰時，編階中校以上各級部隊主官或主管及部長授權之相關人員。

前項人員因故不能執行職務時，由其職務代理人代行核定之。

第一款 禁止濫權行爲

公務員服務法第 6 條規定：「公務員不得借權力，以圖本身或他人之利益，並不得假借職務上之機會加以損害於他人¹¹⁶」，此乃禁止公務員利用職務上之權力、機會或方法損害他人。同法第 19 條：「公務員非因職務之需要不得動用公物或公款」，此 2 條之規定可否類推適用於外聘委員？按外聘委員類型不一，因爲其專業權威之意見常爲國家所採納，甚至成爲國家機關之意思決定，倘若「外聘委員」以其「榮譽」之身分在外「招搖撞騙」，對於公益有損，爲防止類此事件之發生，國家於遴聘時應予告知，故外聘委員一旦接受遴聘即負有「禁止濫權」之不爲特定行爲義務。

第二款 禁止接受招待餽贈

公務員服務法第 16 條規定：「公務員有隸屬關係者，無論涉及職務與否，不得贈受財物。公務員於所辦事件，不得收受任何餽贈。」同法第 19 條規定：「公務員不得利用視察調查等機會，接受地方官民之招待或餽贈。」本條應可類推適用外聘委員之規定，蓋若爲案件處理職的調查、鑑定、糾紛處理之外聘委員有必要對相關案情調查而與官民接觸，爲維護其執法之客觀與公正性，自不得接受招待或餽贈乃屬當然。

第三款 禁止推薦人員及關說

公務員服務法第 15 條規定：「公務員對於屬官不得推薦人員，並不得就主管職務，有所關說或請託。」本條應與行政程序法第 47 條一併觀察，其規定：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人爲行政程序外之接觸。公務員與當事人或代表其利益之人爲行政程序外之接觸時，應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開。前項接觸非以書面爲之者，應作成書面紀錄，載明接觸對象、時間、地點及內容。」

外聘委員參與國家事務涉及執行職務之公正性，故對於參與之事若有請託或關說之事將妨礙事件本身，是不管公務員服務法或行政程序法第 47 條之規

¹¹⁶ 公職人員利益衝突迴避法第 7 條亦有類似之規定：「公職人員不得假借職務上之權力機會或方法，圖利本人或關係人之利益。」

定，本文認為亦類推適用於外聘委員。

第四款 禁止互惠行爲

公務員服務法第 15 條規定：「公務員對於屬官不得推薦人員，並不得就其主管事件，有所關說或請託。」此乃避免公務員利用行爲圖利。外聘委員之職務有爲案件處理之評選、甄審、調查、鑑定，有爲不服審查之爭議裁決，攸關相對人權益甚鉅，爲避免利用合法之行爲互相圖利造成執行職務之不公與偏頗，本條應可類推適用於外聘委員。

第五款 禁止經商行爲

公務員服務法第 13 條第 1 項規定：「公務員不得經營商業或投機事業。但投資於非屬其服務機關監督之農、工、礦、交通或新聞出版事業，爲股份有限公司股東，兩合公司之有限責任股東，或非執行業務之有限公司股東，而其所有股份總額未超過其所投資公司股本總額百分之十者，不在此限。」本條之規定是否適用於「外聘委員」？本文認為，外聘委員參與公共事務係「榮譽職」並無真正之職位，其本身在社會上有一定之職業，不可因參與社會服務即禁止其選擇職業的自由，此恐不符比例原則。故本條並不適用外聘委員。

第六款 禁止爲特定政治活動

我國有關公務員參與政治活動（或稱爲行政中立），法案之草擬已歷時已久，但始終「只聞樓梯響，不見人影來」，迄 2009 年 6 月 10 日終於立法完成名爲「公務人員行政中立法」該法之立法目的在於確保公務人員依法行政、執行公正以及政治中立，並適度規範公務人員參與政治活動。而中外文獻在公務員義務中亦不乏有「公務員可否參與政治活動」之討論，其爭論的核心在於如何調整公務員的基本人權和行政中立性之確保¹¹⁷。在日本，即使在公務員中，對審議會委員（即我國之外聘委員）那樣的職也不適用，亦即不會受到政治行爲的限制¹¹⁸。

一般公務員在上班時間不得從事任何政治活動本屬行政中立一環，不待法

¹¹⁷ 塩野宏，行政法Ⅲ（行政組織法），有斐閣第 3 版，2008 年 10 月 10 日，頁 287。

¹¹⁸ 塩野宏，行政法Ⅲ（行政組織法），有斐閣第 3 版，2008 年 10 月 10 日，頁 287。

律規定，但下班後即回復一般國民身分自得保障其參政權，從事一切合法的政治活動，但是以是否上班做為標準似乎不具說服力，唯一的方法乃應受法律保留之拘束¹¹⁹。

外聘委員之受聘係本於專業知識與技能，不容否認在某些特定之委員會成員亦與執政當局交情匪淺，要求該等外聘委員遵守政治活動之中立性僅能在於其所參與之案件，但是不管評選甄審、監督管理、調查或爭議裁決，極度仰賴其專業，本身即具有極高的獨立性，在此情形下，只要求其客觀、獨立、公正即可，至於非參與審理之情形，似難要求其與常任文職相同遵守行政中立。

此外，亦有學者將禁止公務員（或外聘委員）個人的政治行為作為行政中立保障之手段，是否妥適提出質疑，因為禁止政治活動和公正進行其職務，實質上是不同的範疇，例如在行政作用法上有些處分之權限是由機關首長決定，但他們並不受禁止政治活動之限制。但是，並沒有人因此說其職務便失去公正，故其認為之所以禁止政治活動是從國民信賴其公正性之角度而立論的¹²⁰。

第九項 小結

本節在討論機關外聘委員之義務時，由於我國尚未針對專家學者參與公共事務之地位有完整的討論與共識，援引公務員服務法相關規範研究發現，有些公務員服務法之規定在本質上可以類推適用，但也有因為本質上不同而無法比附援引。一般說來，法制上之公務人員具備有職務關係，但外聘委員為「無給職」但其所從事之任務又與一般公務人員無異，經上述之討論，爰表列如次：

¹¹⁹ 林明鏘、蔡茂寅，公務員法，載於翁岳生編，行政法（上），2006年，頁319～320；並參公務人員行政中立法第7條規定：「公務人員不得於上班或勤務時間，從事政黨或其他政治團體之活動。但依其業務性質，執行職務之必要行為，不在此限。前項所稱上班或勤務時間，指下列時間：一、法定上班時間。二、因業務狀況彈性調整上班時間。三、值班或加班時間。四、因公奉派訓練、出差或參加與其職務有關活動之時間。」。

¹²⁰ 塩野宏，前揭書，頁288～289。

表 5-3 公務員與外聘委員義務之比較表

義務種類		類型	公務員	外聘委員
親自出席（執行）義務			✓	✓
迴避義務			✓	✓
財產申報義務			✓	×
禁止程序外接觸義務			✓	✓
資訊公開之義務			✓	部分公開
嚴守秘密義務			✓	✓
不 為 一 定 行 為 義 務	禁止濫權行為		✓	✓
	禁止接受招待餽贈		✓	✓
	禁止推薦人員關說		✓	✓
	禁止互惠行為		✓	✓
	禁止經商行為		✓	×
	禁止特定政治行為		✓	×
	兼職		✓	×

【註】“✓”者公務員為「適用」外聘委員為「類推適用」，“×”為「不適用」。

製表／作者

本文認為，外聘委員參與公共事務，尤其是具公權力性質者實與公務員無異，唯一區別者在於無「職」但任務卻相同，有關其義務之法規範，在我國仍然是一個尚未開發的議題。上述之討論仍在法解釋論之「類推適用」範疇。本文認為應進一步就參與公共事務之「榮譽職」委員其義務仿照德國聯邦行政程序法（如第 83 條及 84 條之保密規定）之規定，在我國行政程序法中就上述所討論應予類推適用之「義務」予以明文化。至於體例上可以在行政程序法總則第四節之一設「榮譽職委員之義務」乙節加以規範。

第三節 外聘委員之權利

第一項 前言

外聘委員受聘參與公共事務，雖然其並無職位，但所從事之任務亦具有公務之性質，在執行其職務過程中本於對外聘委員之尊重通常在相關法規中，對於該等人員之權利亦有所規定，最常見者為「無給職，但得支領車馬費、出席費或審查費」，其餘大都付之闕如。但細究之，外聘委員雖與公務人員基於身分而衍生出來的權利不同，但有些公務員因為從事公務（並非全然本於該公務員之職位），而發生可以向國家請求的權利是否可以類推適用於外聘委員，法制上對其規範付之闕如。如何建立國家存在已久且為數甚多的專家學者參與公共事務（或可稱為榮譽職人員）法制實刻不容緩，尤其我國現行有關法制解釋下義務責任多，權利討論幾未之見，本節試圖透過觀察公務員權利之方法，探討外聘委員是否可以類推適用？

公務員與國家之關係從特別權力關係，即「力」之關係到公法上之職務關係，即「法」之關係，並且從職務關係延伸出利之請求，但何謂「公法上職務關係？」大法官解釋並未進一步闡述。有學者將之區分為「職的關係」與「務的關係」認為從職的關係，可以導出公務員具有官等、職等及受領基本薪俸等權利。同時轉任、比敘及退休係基於「職的關係」所產生¹²¹；至於「務的關係」是公務人員執行具體任務的關係，乃「作用法的法律關係」。從務的關係，可以導出機關可要求公務員應準時上下班及公正忠誠實行執務，上下班時間屬於「務的關係」，因此，領取加班費係「務」的問題，與「職」無關，如果「務」的內容係由「職」所形成，則得以職務內容作為核給標準，如加班費，但出差即屬務的關係¹²²。

此項「職」與「務」之解釋打破了人事行政關於職位與職務不分的作法，蓋傳統人事行政學界僅以「官」、「職」區分，並認為「職」即職位與職務¹²³；

¹²¹ 李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007年第3版，頁175。

¹²² 李惠宗，公法上職務關係與公務員請領生活津貼之權利，載於考銓季刊，2008年7月，頁70~71。

¹²³ 徐有守，考銓制度，2007年2月（商務），頁102。

同時公務人員任用法第 3 條第 3 款之立法立義謂：「職務；係分配同一職稱人員所擔任之工作及責任。」同法第 6 條第 1 項規定：「各機關組織法所規定之職務，應就其工作職責及所需資格，依職等標準列入職務列等表。必要時一職務得列兩個至三個職等。」此即「職務列等表」其訂定由銓敘部訂定並報考試院核定。

晚近，國家事務之履行並不全然由公務員擔任，隨著民營化（Privatization）之改革呼聲以及新公共管理（New Public Management）時代的來臨，國家任務有時會引進私人來擔任，此時常發生擔任者之身分、權利、義務以及責任歸屬之混淆，是故如何精準切割出是否「從事公共事務，並具有法定職務權限」¹²⁴之人，其地位而生之權責實屬重要。

外聘委員依本文之定義，係指非公務員法制上之成員，而以其專門知識或技能之人，就專業領域之案件（或事項），依法規參與國家或地方事務之諮詢、甄審、評選、調查或爭議裁決而由機關首長遴聘之人，或有任期，或為個案之委任，對於此等專家學者外聘委員所參與之國家事務，其權利義務責任在現行法制下付之闕如，相關之解釋又各不相同，在法制未建立之前，如何透過學理之說明尚屬必要。

既然外聘委員非官吏故其並非公務員法制上之公務人員乃屬當然，但是他是否為刑法之公務員則攸關是否具備「法定職務權限？」於是「職務」如何解釋？與大法官解釋之「公法上職務關係」之「職務」以及公務人員任用法第 3 條第 3 款及第 6 條之「職務」應否作同義之解釋？有必要將之釐清方有助於相關體系之建立。

第二項 官、職與務之概念

公務員與國家之關係從過去學理上指稱的「特別權力關係」¹²⁵到大法官解釋的公法上職務關係¹²⁶，其權利、義務責任亦基於此關係而發生，但「公法上

¹²⁴ 例如新刑法第 10 條 2 項第 2 款之規定：「依法令服務於國家地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者」；如何解釋「具有法定職務權限之人」攸關其是否為刑法上之公務員。

¹²⁵ 關於特別權力關係之演變，參吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），作者自版，2007 年 9 月，頁 221。

¹²⁶ 司法院解釋 396 號及 430 號。

之職務關係」之「職務」究係何所指？常會影響公務員之權利義務甚至責任的有無，有必要進一步說明。

第一款 人事行政實務對官與職之見解

公務員之身分係基於其「職位」而來，依其工作之性質不同而分成若干「職系」¹²⁷又依工作之輕重、繁簡與難易分成若干「職等」¹²⁸，以職系與職等交叉而形成「職級」，故公務員之考試、任用、俸級、考績、陞遷、調任等業務均係依職級為基礎¹²⁹。在我國文職人員中有二種人事制度與「職」有關，一為「官職分立制度」、一為「官職併立制度」，茲說明如次：

第一目 官職分立

官職分立顧名思義係指「任官」與「任職」為二回事，此制度施行於我國警察人員，其所稱之「官」是指官位、官等和官階，例如警正幾階科長。所稱之「職」是指所擔任的職務，例如刑事偵察，依據警察人員人事管理條例第 4 條規定：「警察官、職分立，官受保障，職得調任，非依法不得免官或免職」，此乃對此制度的法定解釋。

為顯示官職分離之精神，上開管理條例並規定，警察人員的任官與任職，明確分開辦理，先任官、後任職。具體顯示「官」為其警察人員基本身分與地位之授與，職是任務與責任之交付¹³⁰。表現於制度中即任官不必同時任職，免官也不必同時免職。

第二目 官職併立

我國現行公務人員所適用之人事制度即採「官職併立」，此設計係將簡薦委（官等）制與職位分類制度合一，但在法律條文中並無此名稱而係學術名詞。官職併立制度中所稱之「官」，係指「官員、官等、官稱」是從簡薦委制度中移植而來，亦即「官」即代表簡薦委官等的品位分類；至於「職」係指職務（位）、

¹²⁷ 諸如法制職系、一般民政、一般行政及人事行政職系，我國目前共有 159 個職系。

¹²⁸ 職等係指 1~14 職等。

¹²⁹ 有關我國公務分類制度結構，參徐有守，考銓制度（增修 3 版），2007 年 2 月，頁 99。

¹³⁰ 徐有守，前揭書（同前註），頁 103~104。

職等、職系是從職位分類而來¹³¹，故此之「職」係代表「職位分類制度」，因之，所謂的「官職併立」即官員、官等、官稱與職務（位）、職等、職系配合併存於一套制度之中。表現於制度中即是任職同時任官，免職同時免官，官隨職在也隨職免。

第二款 學者對於職務之見解

公務員與國家關係為「公法上職務關係」已如上述，但如何解釋「職務」攸關公務人員之權益，學者認為，公務員具有一定之職務在「公法上職務關係」下，公務員與國家有二個面向：「職的關係」與「務的關係」。有關公務人員之權利、義務及責任內容的爭議，可從此解答其並進一步認為¹³²職係指「職位」所衍生出來的身分關係，屬於「組織法的法律關係」，從職的關係可以導出公務人員的官等職等及受領基本薪俸。務的關係係指公務員執行具體任務的關係，乃作用法的法律關係，並導出機關可要求公務員應準時上下班，忠實執行具體職務。但亦有學者認為，有關外聘委員的職務關係透過「官職分立」亦可說明，蓋「官」係身分，職是職務，外聘委員是榮譽職，無官（身分），但有職即「職務」亦可解決此問題。

第三款 本文之看法

我國文職人員之人事制度除警察及交通人員採官（資）職分立外，公務人員係採「官職併立」，對於「職」之解釋，人事行政學者認為是「職務（位）、職等、職系」，將「職務」合成一個名詞；但法律學者更將職務關係分為「職的關係」與「務的關係」；因此即產生對「職務」之見解不同。本文認為隨著多元化與專業化社會之來臨，國家公共事務之執行並非一定由具有職位之公務員履行，故若能將公務員之職位與具體執行之任務分別以觀，不管採職與務分開說或採官（身分）或職（職務）分立之觀點，將能更清楚掌握參與國家任務執行者之權利、義務及責任，故本文擬採「職」與「務」分開說。事實上在實務上

¹³¹ 人事行政學者進一步補充：事實上所謂職，尚非僅止於職等一詞，而必兼指職務，例如司長、科長、專員之職務（職位分類稱為職位），依新制任用法規定，每一職務必有職等，每一職等必配列於一定官等之內。故一人未任職前，僅有某職等之「任職資格」尚非某職等之公務人員，須任職後才確認其官等與職等。

¹³² 李惠宗，前揭書（註 121），頁 175～176。

也會有二者不分之情況，例如公務員因特定事由發生遭「停職」，其職位並未遭剝奪僅係停止其執行任務；又如調職之職係包括調任職位及任務。

第三項 無給職

外聘委員之組織法規中通常會規定，「無給職」之概念¹³³，例如民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 4 條第 1 項及第 2 項規定：「甄審會置委員七人至十七人，由主辦機關就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派（聘）兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。前項人員為無給職。」其中外聘專家學者為「無給職」，相較於公務人員之俸給，外聘委員參與國家公共事務並無俸給之概念，而係具有「榮譽職」但非義務。若依前述乃職與務區分說之角度，此二者之差別乃外聘委員與公務人員在於「職」之關係，並非「務」之關係。換言之，公務人員因具有職位而有俸給請求權，但是外聘委員並不具備有「職」之身分，故為無給職，亦即「無給」亦「無職」。

法規規定外聘委員為「無給職」，其與公務人員不同，但細究之其參與公共事務正是「無職而有務」之任務。為區分與一般公務人員之不同，法規大都明定為「無給職」。但於此應說明者係外聘委員既為「無給職」，故因公務員職位身分所產生之權利，諸如公務員具有官等、職等之保護或基於身分而生之薪俸權利，甚至轉任、比敘、退休等權利並不能享有。

第四項 身分保障權

第一款 外聘委員之解聘與除名

為避免外聘委員在履行職務受到行政機關或其他利益團體之不當干擾，可以賦予外聘委員任期，在任期間除非發生嚴重違規或犯罪行為不足以擔任該職務外，否則行政機關應不得任意更換或解聘，是為身分保障權。國家遴聘外聘委員係本於其學識經驗具有「榮譽感」，故此職並非實有而係具有尊崇之意，倘若於任期中，國家可否任意予以解聘或除名，此事涉該外聘委員之名譽，此亦

¹³³ 但亦有於作用法中規定者，如國家公園法第 4 條規定，國家公園計畫委員會委員為無給職；土壤及地下水污染整治法第 24 條第 2 項。

由榮譽職而生之身分，故有討論之實益。

一般說來，外聘委員之身分保障權係指於受聘後至任期結束前，非因法定事由不得任意予以解聘或除名之謂。我國法制上如民間參與公共建設甄審委員會及評選辦法第 11 條規定：「甄審會委員有第 9 條（應迴避未迴避）及前條（不正行為）者¹³⁴，應主動向主辦機關辭職，未主動辭職者，主辦機關應予解聘。」

又如行政院公共工程委員會所訂頒之專家學者建議名單資料庫建置及除名要點，有逕自除名¹³⁵與決議除名¹³⁶兩種。

第二款 對於上述規定之評述

事實上外聘委員之參與國家事務係本於其專業知識或技能，亦即在該職業之領域中應屬菁英，國家才予以遴聘，但也有與機關首長或承辦人員交好而願做政策或個案之委託者，但不管如何他們受聘後具有「榮譽職」，除非有法定原因否則應予尊重不得任意解聘與除名。

但如前分析，外聘委員法制在我國尚未萌芽，相關文獻議題之討論缺乏，對於外聘委員身分之保障更付之闕如，本文以為在建構外聘委員法制時應思考解聘與除名應否受法律保留原則之拘束。換言之，在目前個別零星法規之中（如辦法準則¹³⁷或要點等），對外聘委員之解聘及除名有必要提升於法律中明定。而非僅由機關依命令為之，考諸立法例，德國聯邦行政程序法第 86 條規定¹³⁸：「被

¹³⁴ 民間參與公共建設甄審委員會及評選辦法第 10 條規定，甄審會委員應依法令規定公正辦理甄審事宜，且不得有下列行為：

- 一、利用甄審關係要求期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益。
- 二、接受與甄審有關之食、宿、交通、娛樂、旅遊、洽遊或其他類似情形之免費或優惠招待。但主辦機關安排之必要食宿、交通，不在此限。
- 三、洩漏應保守秘密之甄審資訊。
- 四、利用甄審關係營私舞弊。
- 五、利用甄審所獲非公開資訊圖私人不正利益。
- 六、於擔任甄審會委員期間，同時為申請人所僱用或委任。
- 七、利用甄審關係媒介他人至申請人處所任職、升職、調職或為其他人事請託。
- 八、利用甄審關係與申請人有借貸或非經公開交易之投資關係。
- 九、利用甄審關係從事或接受請託或關說。
- 十、從事其他足以影響甄審會委員尊嚴或使一般人認其有不能公正執行甄審事務或活動。

¹³⁵ 行政院公共工程委員會頒訂之專家學者建議名單資料庫建置及除名要點第 7 點。

¹³⁶ 行政院公共工程委員會頒訂之專家學者建議名單資料庫建置及除名要點第 8 點。

¹³⁷ 胡建森主編，中外行政法規分解與比較（中），法律出版社，2004（北京），頁 1405。

¹³⁸ 行政院公共工程委員會，工程施工查核小組組織準則第 9 條。

徵召從事榮譽職工作之人員，有重大理由時，得由原任命機關，解除其職務。榮譽職工作人員有下列情形時，視為重大理由：

- 一、重大違背職務或有不良行為時。
- 二、不能再照常行使職務。

從德國法之規定可知，擔任榮譽職之人員，若有聯邦行政程序法第 86 條第 2 款情形亦得解除職務，係採「法律」規定的方式。反觀我國卻以概括的授權命令或行政規則為之，關於此點有必要提升至法律做一般之規定，至於何謂「違背職務」、「不良行為」等不確定法律概念之情形，則可以授權主管機關做進一步之規範。

第三款 外聘委員對於解聘與除名之性質與救濟途徑

一旦外聘委員具有法規規定事由而遭解聘或除名時，其具有「榮譽職」之身分亦遭剝奪，對此法制宜思考對於此等外聘委員之「解聘」或「除名」有無救濟途徑。

如上所述，外聘委員係由機關首長所遴聘，其解聘與除名亦復如是，而此之解聘與除名性質為何？外聘委員得否請求救濟？其途徑為何？亦應一併思考。在我國救濟途徑之選擇與行政行為之定性（性質）息息相關，尤其在新行政訴訟制度下有關訴訟種類之選擇，實繫於該行為之性質。首先面對者是「機關將外聘委員解職或除名性質為何？」依本章第一節所述外聘委員遴聘之法律性質，若為參與公權力性質之公共事務其法律關係為「行政契約」，於此將產生在行政契約過程中得否由機關一方對之為行政處分之法律爭議，對此在「全民健保法律關係¹³⁹」與「公立學校教師之停聘、解聘與不續聘法律關係中¹⁴⁰」，我國實務均採取雖在行政契約關係中，亦得由機關以行政處分之方式為之。故機關將之解聘或予以除名之行為應屬於行政程序法第 92 條第 1 項及訴願法第 3 條第 1 項之「行政處分」。

對於上述之處分，我國現行法制下是否有救濟之途徑？公務人員保障法提供公務人員於權益受損害時得提起申訴及復審制度¹⁴¹，但其前提為該法適用¹⁴²

¹³⁹ 最高行政法院 95 年 12 月份決議。

¹⁴⁰ 最高行政法院 98 年 7 月份決議。

¹⁴¹ 公務人員保障法第 4 條、25 條、72 條、77 條及 78 條。

或準用之人員¹⁴³始得爲之。揆諸該法規定，外聘委員並非該法適用之範圍，蓋公務員保障法所保障之對象係公務人員之身分，亦即係「職」之關係，故無法提起「復審」。但是，外聘委員以人民之地位權利遭受損害（名譽權）雖不能提「復審」但該可以提起「訴願」，若遭駁回可向高等行政法院起第 4 條之撤銷訴訟。

第五項 外聘委員因公涉訟輔助權

專家學者之外聘委員參與國家公共事務，尤其是採購案之評選或重大公共工程委外案之甄審，常會涉及到刑事訴訟，尤其評選（甄審）委員被指控收受業者賄賂或圖利廠商，由檢察官提起公訴¹⁴⁴，並須經漫長的訴訟糾纏，不僅勞費心思同時亦應負擔龐大的訴訟費用。因此倘若外聘委員依法執行其評選或甄審職務涉及訴訟，可否請求因公涉訟輔助便成了問題¹⁴⁵。我國目前對於規外聘委員之法制，除了迴避¹⁴⁶及保密義務¹⁴⁷之規定外，其權利除車馬費、出席費或審查費等兼職酬勞¹⁴⁸外，其餘均付之闕如。因此要解決這個問題必須從我國現行相關法制加以推演。公務人員保障法第 22 條第項規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師爲其辯護及提供法之協助，上開規定係指延聘律師爲公務人員提供代理訴訟、辯護、法律諮詢交涉協商、文書代理及其他法律事務上之必要服務等法律」；同條第 3 項規定：「公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。」因而行政院與考試院會銜發布公務人員因公涉訟輔助辦法，問題是「外聘委員」是否爲該辦法的適用主體？經查之，該辦法之適用須具備「公務人員」¹⁴⁹或「準用」公務人員¹⁵⁰或「比照」公務員之

¹⁴² 公務人員保障法第 3 條。

¹⁴³ 公務人員保障法第 102 條。

¹⁴⁴ 例如南港展覽館之專家學者評選委員遭特偵組起訴求處「從重量刑」，參台灣台北地方法院 97 年度矚訴字第 4 號刑事判決；又如南科減震工程案，遭台南地檢署起訴，參台南地方法院 96 年矚重訴字第 1 號判決，本案經台南地方法院判決無罪，檢察官針對「評選委員部分」並未上訴，本案因而確定。

¹⁴⁵ 公務人員因公涉訟輔助辦法第 6 條。

¹⁴⁶ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 7 條。

¹⁴⁷ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 10 條及第 17 條第 5 項。

¹⁴⁸ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 4 條第 2 項。

¹⁴⁹ 公務人員法所保障之對象，即該法第 3 條：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項公務人員不包括政務人員及民選公職

身分¹⁵¹，其中與本問題有關者，為公務人員因公涉訟輔助辦法第 21 條第 4 款「其他於各級政府機關、公共學校、公營事業機構依法令從事公務之人員及軍職人員」，本問題之關鍵在於，若將外聘委員參與公共事務解釋為「依法令從事公務之人員」，則可比照適用。是經各級政府機聘用之專家學者，雖非公務人員因公涉訟輔助辦法第 2 條所稱之公務人員，如屬於該辦法第 21 條第 4 款之「依法令從事公務之人員」應係採廣義說，換言之，係採「務的關係」而不論其是否具備「公務人員」之身分，只要參與公共事務因而涉訟者即可請求國家訴訟輔助。本文基於以下理由持肯定見解：

- 一、首先，外聘委員參與公共事務皆為無給職，將其學識、經驗貢獻給國家社會，雖然其地位廣受社會尊重信賴，但並未領取薪俸，且為義務性質，倘因依法執行職務，而涉訟還要自己費盡心思應付冗長且專業的訴訟程序，此不僅不符衡平，亦將阻斷其奉獻國家社會之熱誠。
- 二、其次，將「外聘委員」解釋為可以適用輔助辦法亦可當作保護外聘委員的措施，同時提高其參與之誘因。然須究明者是，將「外聘委員」「比照」公務人員可以適用「輔助辦法」，並不當然就將此等專家學者外聘委員當做刑法上之公務員，或公務人員法制之公務人員。
- 三、再者，在訴訟輔助實務上，有朝向廣義公務員而非僅為公務人員之傾向。實務上曾有針鄉鎮市調解委員會之調解委員¹⁵²，以及私人醫院醫師依醫療業務支援合作契約派至公立醫院支援之「非編制內任用醫師」¹⁵³亦為輔助

人員。」

¹⁵⁰ 公務人員保障法第 102 條：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。五、應各種公務人員考試錄取占法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。」

¹⁵¹ 公務人員因公涉訟輔助辦法第 21 條：「下列人員依法執行職務之涉訟輔助，比照本辦法之規定：一、政務人員。二、民選公職人員。三、依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員。四、其他於各級政府機關、公立學校、公營事業機構依法令從事於公務之人員及軍職人員。」

¹⁵² 保訓會 90 年 9 月 13 日公保字第 9004990 號函謂：「鄉鎮市調解委員會雖係依鄉鎮市調解條例之規定，辦理民事及告訴乃論之刑事調解事件，然並非任職於政府機關，公立學校或公營事業機構，不屬因公涉訟輔助辦法第 9 條第 1 款所定準用之對象。惟該等人員因依法執行職務而涉訟，可否比照輔助辦法之規定，給予涉訟輔助，請參酌法務部 81 年 8 月 12 日法 81 律字第 11987 號函示意旨酌處。」

¹⁵³ 保訓會 88 年 11 月 13 日公保字第 8810733 號函謂：「本案支援醫係由財團法人天主教○○醫院，依其與（行政院衛生署）○○醫院所訂醫療業務支援合作契約書，派至（該）醫院進行

對象。由此可知受輔助對象在「於執行職務有重大關係」，反而與是否有狹義公務人員之身分無必然關係¹⁵⁴，專家學者以其專門知識參與國家公共事務，雖未具狹義「公務人員」之身分，只要其依法執行職務即可評價為「依法令從事公務之人員」而有上開辦法之適用。

然而，上述之結論無非係從法律解釋及適用之方法論而言，歸根究底，仍應建立我國外聘委員參與之法律制度，將外聘委員因公涉訟輔助明文化，裨引進更多專家學者參與國家公共事務。

四、再以學者對於公法上職務關係所建構「職的關係」與「務」的關係加以解釋，外聘委員雖然不具備公務人員之職位，但其所參與之事項具有公益性，雖然具有社會參與之義務，但因該任務而涉訟自應有適用之餘地。

第六項 外聘委員之金錢請求權

外聘委員依前述之分析為「無給職」，故依「職」而生之金錢請求權並無請求權，但如果因為「務的關係」而生的金錢請求權利則有討論之實益。我國法制上不乏有此規定，諸如：「○○委員，均為無給職。但得依規定支給兼職酬勞」¹⁵⁵；「○○委員除專任委員外，概為無給職，但舉行會議出席委員得由本部酌送旅費」¹⁵⁶；「本會委員均為無給職。但非由本機關代表擔任之委員，依規定支給出席費或交通費」¹⁵⁷；「本會委員為無給職，但得依規定支給車馬費或研究費」¹⁵⁸，從我國法制觀察，依照不同之委員類型，包括「兼職酬勞」、「旅費」、「出席費或交通費」、「車馬費或研究費」、「審查費」均係因為外聘委員從事該任務而產生之金錢請求權。

兼職酬勞顧名思義係外聘委員因本於專業知識參與公共任務之履行而獲得

支援服務.....是該支援醫師雖非（行政院衛生署）○○醫院任用之醫師，然其既於該醫院支援診療業務，自屬公務人員因公涉訟輔助辦法第 9 條第 1 款所稱各級機關依法令從事於公務之人員，而為該辦法之準用對象。」

¹⁵⁴ 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，載於月旦法學雜誌（NO.90），2002 年 11 月。

¹⁵⁵ 採購申訴審議委員會組織準則第 12 條；內政部身心障礙者保護委員會組織規程第 10 條。

¹⁵⁶ 教育部國語推行委員會組織條例第 8 條。

¹⁵⁷ 教育部師資培育審議委員會設置辦法第 6 條。

¹⁵⁸ 內政部法規委員會組織規程第 10 條。

之勞務報酬，由於兼職酬勞在解釋上仍有範圍之限制，此部分宜考察會計與人事內部法規之規定。旅費即出差費，亦即從甲地至乙地之住宿等費用之開銷，有時亦包含交通費，故旅費可視路程之遠近，外聘委員有時在外地，如從高雄到台北開會住在飯店之費用，亦為旅費，此並非基於身分關係（職的關係），而是因「務」之關係，故外聘委員有此請求權，而我國法制亦有用「旅費」作為支給之用語¹⁵⁹。出席費係外聘委員親自參與該會議之召開而支付之報酬，某些類型之審議會其委員不得代理，必須「親自出席」方得領取，但若可代理之委員會由他人代理，該他人是否可以領取出席宜於法制中明定。交通費（或車馬費）係外聘委員搭乘交通工具所支付之費用，而交通工具多種，諸如飛機、高鐵、台鐵、公車等，此費用係以「實報實銷」為原則。研究費亦為外聘委員支領費用名目之一，事實上亦對於外聘委員投入參與該項業務之酬勞。對於案件之評議大都須要對該案件審查，例如訴願委員會委員初審之費用，而審查費係支付外聘委員付出的精神，一般在政府會計名目上依其規定。

上述因外聘委員參與之相關會議之金錢請求權係本於「務的關係」，但由於外聘委員之所以參與某種程度上係服務於社會，故依我國現制上述之費用與外聘委員之付出顯不成比例，諸如堆積如山之卷宗，其審查費僅區區二千元；或冗長的會議其出席會亦為二千元，未來在建立外聘委員參與之相關法制時，應同時考量勞務付出與社會參與之均衡，否則僅以「道德之束縛」而非「法制之建構」，對外聘委員參與制度之長遠發展並非益事。權宜之際，應建構一套支給標準分任務之繁簡、時間之久暫做完整之規劃¹⁶⁰。蓋參與需要成本，而外聘委員參與行政事務付出之心力亦應有權獲得必要之報酬，美國國會曾經在 1975 年的一項法案中提出「參與者補助」制度，規定聯邦行政機關在法定條件下可以提供個人團體參與行政決策過程中的花費¹⁶¹，此種思維模式或許提昇外聘委員參與之動力在相關法制構時宜一併思考，但同樣地亦應有完善的追懲制度乃

¹⁵⁹ 公務人員退休法第 15 條規定：「退休人員本人與其配偶及直系血親現在任所由其負擔生活費用者，於回籍時，得視其路程遠近，由最後服務機關給予旅費。」

¹⁶⁰ 我國法制對於相關費用標準之建立，如地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第 4 條規定：「地方民意代表依法開會期間，得支給之出席費、交通費及膳食費，不得超過下列標準：一、出席費：每人每日支給新台幣一千元。二、交通費：每人每日支給新台幣一千元。三、膳食費：每人每日支給新台幣四百五十元。」

¹⁶¹ 蘇苗罕，行政法視野中的規劃諮詢委員會問題研究，載於羅豪才主編，大陸行政法論叢第 10 卷，頁 323。

屬當然。

本文認為，若要建立外聘委員的報酬機制，至少應思考以下幾點：首先，依參與的類型做不同的設計並就事務之繁簡規畫。事實上我國目前法制在各領域均有各別的酬勞費用表，但彼此之間差異甚大。例如司法院辦理考試工作人員酬勞費用支給表，對於命題、口試、閱卷委員的酬勞分別是命題酬勞每科一五〇〇元、口試全日二〇〇〇元、半日一〇〇〇元，閱卷酬測驗題每份一〇元、綜合申論或問答题份三〇元；地方民意代表亦有補助規定¹⁶²，除每月得支給研究費用外¹⁶³，於開會期間得支領出席費、交通費及膳食負¹⁶⁴。另外，各級行政法院辦理行政訴訟事件證人鑑定人通譯日費，通譯費旅費報酬及鑑定費用支給要點，亦針對上述人員之費用設有規範。

與本文較有關係者為行政院人事行政局訂頒之「各機關聘請國外顧問、專家學者來台工作期間支付費用最高標準表」該標準表中在報酬上分按日計酬與按月計酬。針對參與之專家學者分四等級，包括「諾貝爾獎」「特聘講座」「教授級」「副教授級」上列人員須符合下列資格條件：

- 一、諾貝爾級：曾獲諾貝爾獎、國家院士或具相當資格之專家、學者。
- 二、特聘講座：
 - (一)曾任國外著名大學教授，最近五年內有著作發表為國際所推崇者。
 - (二)在學術上有崇高地位為國際知名，而為國內所無之專家、學者。
 - (三)在應用科學或技術上有特殊成就，並曾在國外擔任同等質旺工作有年者。
- 三、教授級：教授或具相當資格之專家、學者。
- 四、副教授級：副教授或具有相當資格之專家、學者。

因此若要建立我國機關外聘委員之補助機制，本文認為人事行政局亦可參考「聘請國外專家學者來台工作支給要點」，通盤檢討事務之性質以及參與事務之類型繁簡，做更細緻之劃分而非一律以二千元做為報酬，此種齊頭式的平等並無助於提升專家學者對機關參與之動力。

¹⁶² 地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例之相關規定。

¹⁶³ 地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例之相關規定第 3 條。

¹⁶⁴ 地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例之相關規定第 4 條。

第七項 職務上使用公物及支出請求權

外聘委員因為執行職務之需要，得依法使用各種公物並支領兼職酬勞，如辦公用具等，唯我國法制上並未對於參與之外聘委員有關使用公物或相關規定。考諸各國立法例，德國聯邦行政程序法第 85 條規定：「榮譽職工作人員，對其必要之支出與所失利益，有補償請求。」可做為解釋與相關立法之參考。

第八項 小結

與公務員之權利相比，法規明文規定，外聘委員除了無給職外，大都僅能領取出席費、車馬費、審查費等金錢請求權，但專家學者在參與之過程中仍有許多值得探討的「外聘委員權利」經由上述之討論可做為建構外聘委員法律地位之參考比較，茲小結並表列如次：

表 5-4 公務員與外聘委員權利之比較表

比較點		類型	公務員	外聘委員
俸給權			有俸給	無給職
身分保障權			✓	◎現行法未規定 ◎本文✓
因公涉訟輔助權			✓	◎現行法未規定 ◎本文✓
金錢請求權	兼職酬勞		因領有俸給，其他之金錢請求悉依相關規定辦理。	✓
	旅費			✓
	出席費			✓
	交通費（車馬費）			✓
	研究費			✓
	審查費			✓
職務上使用公物公款支出請求權			✓	✓

【註】“✓”者為有此權利

製表／作者

有關外聘委員權利之討論，本文認為在身分（榮譽職）保障方面，欲對外聘委員做出解聘或除名須有法律保留原則之適用，並可參考德國聯邦行政程序法第 86 條之規定，以法律明定具有重大事由予以解除職務。其次，在因公涉訟方面，從現行因公涉訟輔助辦法第 21 條第 4 款之規定，可將外聘委員解釋成該款之「依法令從事公務之人員」而可請求因公涉訟輔助。再者，關於外聘委員

之報酬宜思考勞務付出與社會參與之均衡，建構一套以任務繁簡、時間久暫之支給標準，以提昇專家學者等外聘委員參與之動力。

第六章 外聘委員之責任

機關外聘委員其社會上之地位本係專家、學者、公正人士等，一旦進入委員會從事公共職務，其責任是否與公務員一般，抑或應另外架構出不同於公務員責任的外聘委員責任體系是本章所要研究的重點¹，責任意味著對其違反義務行為之負責，本章繼外聘委員之權利義務後將繼續討論「機關外聘委員之責任」。

由於機關外聘委員係附屬於「委員會」，而其決議大多為共同決議且為多數決，於此將發生責任究應歸屬於個別委員（自然人）之身上或委員會抑或是由行政機關來承擔，以及委員會之全體成員責任應如何分配之問題。

但是，要對機關外聘委員之責任分析涉及到幾個思考前提，亦即責任是什麼？以及他們應負的責任是什麼？本文將分四節討論，第一節論述責任之相關概念，包括與外聘委員有關的責任類型分析（法律／道德責任，個人／替代責任，個體／共同／團體責任），責任之認定、因果關係之認定（認定基準、舉證與證明）。

第二節將討論機關外聘委員與其參與委員會，究竟何者可以成為責任的對象（或承擔者），此事涉委員會的定位（行政機關或內部單位）以及委員會與成員之關係，責任的承擔及分配上究應如何思考？在進行細緻的責任歸屬討論之前有必要釐清其彼此之關係。

第三節更具體化的進入「機關外聘委員」有什麼法律責任？在司法二元體制下的我國，將之分為刑事責任與行政法責任以及國家賠償責任作為類型化的探討。

¹ 舉例來說，某大學教授獲邀進入部會擔任「政務次長」乙職，其身分旋即變為「政務官」，在公務員之懲戒責任中，其與「常務次長」雖均為次長，但「懲戒責任」顯然不同，參公務員懲戒法第9條第2項。

第一節 外聘委員責任之理論基礎

第一項 責任的概念

責任一詞在英文中最常使用“responsibility”與之同義的用語還有“accountability”“liability”“culpability”和“answerability”，它和「權利」、「義務」、「財產」一樣是一個法律的概念²，但是從日常生活來觀察，責任一詞似乎又不僅限於法律，例如我們常聽到的政治責任、道德責任，亦使用責任一詞，是故在探討機關外聘委員的責任時，有必要就責任的概念做一嚴謹的界定。

有學者從法律的角度，將責任定義為「所謂責任含有法律上負擔之義，當個人違反法律秩序，或有違反之可能，法律係關係人居於制裁之地位，稱之為責任，如刑事責任、損害賠償責任、保證責任、瑕疵擔保責任³」；另有學者進一步指出，責任的發生除了法定之外，往往來自義務之違反，在語意上，責任一詞已將義務包含在內⁴。但也有學者將責任的層次提高認為，將責任視為一種美德而認為責任是高品質地遵守社會規範，亦即為了達到規範目的，或完成一個人對他人有義務地遵守，並非僅為了避免責備或表面上的遵守⁵。

總之，責任的概念層面涵蓋有高層次的道德規範的遵守，亦有最低限度法律規範的違反⁶。本文所探討的機關外聘委員責任，固以「法律責任」的建構為核心，但由於機關外聘委員之特色在於專業的表現以及紀律倫理規範的遵守，雖然強調個別職務的獨立性但卻以集體決議之方式對外表示，是故在責任內涵的探討上宜就責任的類型，認定標準以及因果關係之歸屬，方能對責任有所全盤認識。

² Peter Cane, Responsibility in Law and Morality, 1 (Oxford 2002)。

³ 韓忠謨，法學緒論，作者自版，1994年，頁168。

⁴ 黃啓禎，行政管制與行政制裁之區分與運用—以水土保持法為例，收於刑與思，林山田教授紀念論文集，台北，元照，2008年，頁526。

⁵ Peter Cane Supra note 2, at 33~34。

⁶ 有學者指出，社會責任一語，係不夠精確的用語，用以指稱一種道德情操固可，但如果沒有經由規範化的程序，形成法律義務，就沒有法律責任可言；參李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009年，頁163。

第二項 責任的類型分析

對於責任類型之分析有助於機關外聘委員法律責任體系之建立，關於責任的種類最著名的分類是赫伯特·哈特在其《懲罰與責任》一書中將它分為五類即職務責任、因果責任、法律課責責任(liability responsibility)和道德責任(moral responsibility)以及能力責任⁷，但這樣的分類遭到牛津大學教授 Peter Cane（彼得·凱因）的批評，氏認為，上述分類著重在刑法忽略了民法（如契約法、侵權法、賠償法等）和公法（尤其是行政法）。此外，他並未將職務責任、因果責任和能力責任與法律責任和道德責任結合在一起或者解釋彼此的關係⁸，這也印證了類型化本身的困難，分類本有不同的標準及功能⁹。本文在思考外聘委員法律責任體系之建構時，著重在法律責任。蓋責任來自於義務，而義務則來自於法律的規範，故特別聚焦在法律責任，尤其是行政法責任、國家賠償責任以及刑事責任。但是道德與法律責任之區分關聯為何？從位階體系言，自應先予釐清。其次，機關外聘委員法律責任下應思考個人責任、替代（代位）責任或集體責任，例如外聘委員違法行為所造成之損害應由委員個人負擔，或由行政機關代位（替代）承擔。再者，由於委員會之組成不僅為合議制且為多數決，在確定責任之承擔後，其內部關係與外部關係可能有個體責任、共同責任或團體責任之問題，是故本文想避開責任分類化的困擾，直接採取與本研究主題有關的分類即：一、法律／道德責任；二、個人責任／替代責任；三、個體／共同／團體責任。

第一款 法律與道德責任

機關外聘委員責任體系之建立之所以要討論道德責任的層次在於，此等委員深獲社會大眾的期許與信賴，此信賴來自於他們的社會地位，例如有關水利工程的審議委員會，它的成員勢必有水利工程的專業背景，如果在審議時違反該專業倫理規範，不見得會被課以「法律責任」，但就社會價值觀來說可能已經

⁷ 哈特（1968）第 211～230，轉引自 Peter Cane Supra note2,at28。

⁸ Peter Cane Supra note2,at29～30。

⁹ 例如在干涉行政法上責任人之探討，將責任型態分為行為責任與狀態責任，參黃啓禎，干涉行政法上責任人之探討，載於當代公法論（中），翁岳生教授祝壽論文集，台北，元照，2002年7月，頁 295 以下。

違反「道德責任」。晚近，有關專業人士時常違反其專業倫理造成社會上對「專業」的非難，此非難未必令其負擔法律責任，較傾向道德非難¹⁰。

道德責任與法律責任之間的差異在於，法律的制裁通常形諸於外在，而道德責任係內在的要求。如果科以法律責任那必然是違反法律規定，但是道德責任則與內在自我要求及社會價值觀有關。一個簡單的例子，路上見瀕臨餓死之人不予救助，此人有道德責任但並無法律責任。

同樣地，政府機關委員會的外聘委員，他的法律責任來自於他「身分」和「職務」，亦即他以「專家」「學者」「社會公正人士」或「利益團體代表」的身分參與了「公共事務」之履行，如果他在委員會的表達輕率或漠不關心，未能公正、謹慎，可能道德上不盡完善，但卻無法對之課以法律責任¹¹。

但是在一個甄審與評審的委員會中，如果委員因接受招待、收受賄賂而做出不公正的決定時，此時不僅構成道德責任，同時也必須負起法律責任，只不過法律責任應該如何設計的問題¹²。

於是本文的看法是機關外聘委員從責任的角度言，他來自於自身的「身分」與「職務」一旦違反與其「身分」或「職務」不相當之行爲時即有責任，當然他的前提是已經對法益造成侵害，至於應負擔何種法律責任，接受何種制裁，本文將於后述之。

第二款 個人責任與替代責任

個人責任係指一個人對自身行爲的責任；替代責任是對他人產生責任的行爲負其責任¹³。現代法律原則是以「個人責任」爲原則，每個人只爲自己的決定負責，因此只爲自己的過錯行爲負責¹⁴，對於他人之行爲除非對結果之發生

¹⁰ 例如在台灣常有人批評政府機關若不敢承擔責任，最好的方法就是籌組專家學者委員會，並以其決定，作爲卸免政治責任之良方，最著名者率皆爲公共工程、重大政策改革等。

¹¹ 事實上亦有審議委員會之外聘委員於簽名後中途離席之現象，有關其運作之實證觀察，參森田朗，會議の政治學，2006年，慈學書選，頁19以下，作者依其參與日本委員會〈審議會〉之經驗將委員分爲，重視均衡型、自我主張型、自我顯示型、專注領域型、追求理念型、無關心型以及行使拒絕權型。

¹² 一個在台灣仍然爭議不休的問題亦即這些專家學者參與公共任務後，其法律地位究係爲何？是公務員抑或是仍以一般人民身分或第三種類型？實務上仍然存在著許多不同的見解。

¹³ Perter Cane, Supra Note 2, at 39。

¹⁴ 司法院解釋 638 號，許玉秀大法官不同意見書。

予以協助或促發，否則不負責任。然而我國實務上，關於公開發行公司之董事監察人股權成數不足，處罰全體董事或監察人之案件中，司法院解釋 638 號之見解認為¹⁵：「立法者並非不得就他人違反行政法上義務之行爲，課特定人防止之義務，並因其違反此一義務而成爲行政罰處罰之對象」，並進而主張「應該要符合法治國家處罰法定及明確原則」。但學者認為，此種連坐規定違反個人責任原則，蓋任何人不爲其他具有獨立決意之人的行爲負責，此不僅只要求形式法律保留，更進而要求實質的正當性即不得違反禁止連坐責任¹⁶。

第三款 個體責任、共同責任與團體責任

個體責任、共同責任和團體責任的提出乃著眼於一個委員會的決定造成了損害，這個損害的責任究竟應由個別委員（自然人）承擔或由委員組成的團體甚至國家來承擔這個責任，國家承擔後與該委員之關係又爲何？由於個體責任的理論基礎來自於個人的行爲。換言之，這個人可以成爲責任之人必須具備特定之條件才可以成立，亦即有主觀意圖（intentionality）以及具備身體和精神上的能力。外聘委員可以承擔個人責任這是無庸置疑的，因爲國家（機關）不會去聘請一位無法承擔責任之人做爲諮詢、審議、評選、管理監督、爭議裁決調查委員。

共同責任（Shared Responsibility）是個人責任的另外一個形式¹⁷，我國法制上如民法第 185 條第 1 項規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，不能知其中孰爲加害人者，亦同。」刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪行爲者，皆爲正犯。」但是民事上之共同侵權行爲（狹義的共同

¹⁵ 司法院解釋 638 號：「中華民國 86 年 5 月 13 日修正發布之公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則第 8 條：「全體董事或監察人未依第 4 條及第 5 條規定期限補足第 2 條所定持股成數時，依證券交易法第 178 條第 1 項第 4 款規定處罰全體董事或監察人（第 1 項）。董事或監察人以法人身份當選者，處罰該法人負責人；以法人代表人身份當選者，處罰該代表人（第 2 項）。」其第 1 項及第 2 項後段規定，乃就違反主管機關依證券交易法第 26 條第 2 項所定之公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則，而應依 89 年 7 月 19 日修正公布之證券交易法第 178 條第 1 項第 4 款規定處罰時之處罰對象及違反行政法上義務之人爲多數時之歸責方式所爲之規定，涉及人民權利之限制，並無法律依據或法律具體明確之授權，與憲法第 23 條規定之法律保留原則尚有未符，應於本解釋公布之日起 6 個月內失其效力。」

¹⁶ 關於司法院解釋 638 號之批評，參許玉秀大法官不同意見書；李惠宗，前揭書（註 6），頁 164～165。

¹⁷ Peter Cane, Supra Note at 256。

侵權行爲，即加害行爲）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行爲人間不以有意思聯絡爲必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行爲人之過失行爲，均爲其所生損害之共同原因，即所謂行爲共同關聯，亦足以成立共同侵權行爲¹⁸而負共同責任。

提出共同責任之觀點在於政府設立之委員會其決議乃團體的合議制，成員之組成爲多數，在決議違法時，其責任之型態的討論上須以此爲基礎，同時責任的分擔在加害者與受害者之間有其實益。此外，與共同責任有關者爲連帶責任（joint responsibility）。

至於團體責任並非在組織團體的個體上，而係將責任歸屬於抽象的團體，亦即這個責任是“集體的”非“個人的”。例如政府採購委員會（或公共工程、甄審委員會）之成員違法收賄而作出不公正的評選與甄審，造成投標參與廠商的損失，依政府採購法第 85 條第 1 項及第 3 項規定：「審議判斷指明原採購行爲違反法令者，招標機關應另爲適法之處置。...第 1 項情形廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用。」此違反法令雖由採購評選委員個人所引起，但法律上由「招標機關」（即行政機關）負責¹⁹。」若從個人主義責任的角度上並不承認有所謂「團體責任」但有學者亦認爲，團體是可以承擔責任的，因爲透過團體行爲，其可以完成各自個體行爲所不能完成的事情²⁰，所以對於團體行爲制裁時是僅對於團體中對團體行爲負有個人責任的那些人施加制裁。團體責任與共同責任的主要區別在於，前者是不對團體成員施加制裁；而共同責任制則係對於造成損害的個人都必須受到制裁。

第四款 小結

在進入機關外聘委員法律責任之類型化之前，提出有關責任型態之討論乃在於本文思考一個合議組織制且採多數決的決定造成權利侵害時，要究責會涉

¹⁸ 最高法院 67 台上字 1737 號判例。

¹⁹ 另促進民間參與公共建設法第 47 條所謂準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定，故公共工程甄審案（即引進民間參與公共建設案）自得準用政府採購法第 85 條第 3 項之規定，請求原處分機關償付其準備甄審、異議及申訴所支出之必要費用。參最高行政法院 97 年判字 967 號判決。

²⁰ 舉例來說，委員會的成員必然爲多數，以公共工程甄審委員會而言，其決議亦多採「多數決」僅二人（個人），並無法左右整個委員會之決議，故實務上若要影響結果勢必有多數委員接受招待或賄賂。

及幾個層面；首先法律有無規定？其次，即便法律有規定要由何者來承擔責任？

例如行政罰法第 14 條規定：「故意共同實施違反行政法上義務之行爲者，依其情節之輕重分別處罰之。」即便法律如此規定，但在適用上仍有許多不同之解釋²¹。

本文認爲，機關外聘委員之道德責任與法律責任來自於其所擔任之「身分」與「職務」，亦即分擔政府的公共事務，以此爲連結點，再進一步探究法律責任中會涉及到外聘委員與其所參與之委員會責任之分擔，尤其是採個人責任、共同責任或團體責任，對於受害者有顯著的影響，至於更細緻的法律責任分析將於本章第三節中論述。

第三項 責任的認定

要認定機關外聘委員須負起責任的前提必須有「應責性」（即應受譴責或非難之意）”culpability”，而應責性之認定標準復因其負擔的責任型態有所不同。例如，外聘委員的民事、刑事及行政責任應有不同的認定標準，諸如對於後果的發生是故意或者過失行爲所引起。

外聘委員並非公務人員法制上之公務員，而以其專門知識或技能之人，就其專業領域上之案件，依法規參與國家或地方行政事務之諮詢、甄審（評選）、監督、爭議裁決之人，在其履行公共任務時，因故意或過失攸關責任之成立²²，以下分別就行政法責任以及刑事責任的認定標準說明之。

²¹ 吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），2005 年 8 月，作者自版，頁 493；陳春生，論行政罰法中之共同違法，收於廖義男主編，行政罰法，元照，2007 年 11 月，頁 121 以下；李惠宗，行政罰法之理論與案例，元照，2005 年 8 月，頁 78～79；蔡志方，行政罰法釋義與運用解說，三民，2006 年 11 月，頁 67；林錫堯，行政罰法，台北，元照，2005 年 6 月，頁 91～94；黃俊杰，行政罰法，翰蘆，2006 年 3 月，頁 49～50。

²² 有關注義務與責任之關係，一個適合觀察的類比，以董事責任與公司爲例，除了注意義務外，尚有忠實義務，相關文獻參邵慶平，組織與契約之間－以董事與公司之關係爲例的觀察，載於月旦法學教室第 65 期，頁 46；王文宇，法律移植的契機與挑戰－以公司法的受託、注意與忠實義務爲中心，載於月旦民商法第 19 期，頁 83～85；劉連煜，董事責任與經營判斷法則，載於月旦民商法第 17 期，頁 180～186。

第一款 行政法責任

此次所稱之行政法責任係指外聘委員負擔行政罰之責任。亦即外聘委員因自己違反一定行政法上義務之行為，即符合得處罰之要件所承擔之責任。外聘委員皆具有責任能力固無疑問。於此所討論者為責任條件。

一般說來，外聘委員要承擔行政法上之責任須具備有故意或過失。我國行政罰法第 7 條規定行為須具備故意與過失，但由於該法並無就故意過失作立法定義，故宜參照刑法第 13 條及第 14 條之規定²³。

因此，外聘委員對於所參與之事務，應以其主觀上有可非難性及可歸責性為前提，若無故意、過失應無可非難性及歸責性，我國實務關於責任條件，最高行政法院 94 年判字 1540 號判決指出，所謂「故意」，係指行為人對於構成違規之事實，明知並有意使其發生者而言；所謂「過失」，係指行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者而言。故過失責任之成立，原則上即以「不知」（不注意）為基礎，以「應注意，並能注意」為條件²⁴。

至於「故意」「過失」之進一步判斷標準，學者指出，故意係行為人之「明知」、「預見」等認識範圍，原則上均以「違反行政法上義務之構成要件事實」為準。至於有無違法性之認識，則非所問，是故雖不知法規有禁止規定亦不能逕認其無故意；「過失」，其要求之注意程度標準，原則上以社會通念認係謹慎且認真之人為準，但如依法行為人應具備特別的知識或能力者，則相應地提高其注意標準；至其注意範圍，原則上以「違反行政法上義務之構成要件事實」為其範圍，此從相關法規明文規定可知，如欠缺相關法規明文規定，則宜從「預見可能性」觀察，視該「違反行政法上義務之構成要件事實」是否客觀上可得認識而定其應注意範圍²⁵。

此外，亦有學者指出，行政法上之過失意義與刑法並無二致，意指「人民對違反行政法義務行為之事實，按其情節應注意，並能注意，而不注意，致其

²³ 刑法第 13 條：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」；刑法第 14 條：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」

²⁴ 黃俊杰，行政罰法，台北，翰蘆，2006 年，頁 40~41。

²⁵ 林錫堯，行政罰法，台北，元照，2005 年，頁 87~88。

發生或雖預見其能發生而確信其不發生者」。但行政法上的過失類型上與民事法的過失相同，分為「重大過失」、「具體輕過失」與「抽象輕過失」²⁶。

外聘委員接受國家遴聘並分擔公共任務之履行，首應探究者係「外聘委員與國家機關間」之關係為何？本文認為應依外聘委員所參與公共事務之類型為何而定，倘若參與者為具有公權力性質之公共事務應「公法上之委任關係」²⁷，按民法之委任係指當事人約定，一方（委任人）委託他方（受任人）處理事務，他方允為處理之契約（參該法第 528 條），公法上之委任關係則是國家（行政機關為代表）委託他方（專家、學者、公正人士）處理公權力性質公共事務（公權力），而外聘委員應聘允為處理之契約關係；倘若外聘委員所參與之公共事務為私經濟行為則與私人契約無異應定性為「私法契約」。

若定性為「委任關係」類推民法第 535 條之規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」；外聘委員之注意義務尚應分為是否受有報酬，一般而言，機關外聘委員較傾向「榮譽職」出席相關委員會議並無「報酬」僅以微薄車馬費，故若無報酬，外聘委員之注意義務為「與處理自己事務之同一注意」，亦即「具體輕過失」，但亦不排除特殊情況下國家付予此種「專業人士」報酬，此時其應以「善良管理人之注意為之」，亦即須具備高度之能力（專業能力）始能注意及之而負擔「抽象輕過失」之責任。

第二款 刑法責任

構成要件該當之違法行為稱為不法行為，實施不法行為的人，必須具備罪責才成立犯罪²⁸，罪責原則是刑法判斷刑事責任，進而作為科處刑罰基礎的原則，行為人刑事責任之成立在於其行為之可罰性，因此罪責所要探討者在於不法行為之可罰性²⁹。

一般說來，要讓行為人承擔刑事責任有其判斷的階段，廣泛地說，行為人

²⁶ 李惠宗，前揭書（註 21），頁 65。

²⁷ 晚近公法援引民法之概念者不少，如公法上不當得利，公法上無因管理以及公法上侵權行為的提出。

²⁸ 林東茂，刑法綜覽，台北，一品，2009 年，頁 1~156。

²⁹ 柯耀程，通識刑法—基礎入門十六講，台北，元照，2007 年，頁 135。

須有責任能力，其行為並無阻卻違法事由，須對構成要件事實具備有故意或過失等，還須行為人因不法行為具有可責性。

由於本文所探討者係外聘委員的刑事責任，因此很難想像，一個國家所遴聘的專家學者不具備有責任能力（亦即外聘委員的年齡與身心狀況），故以下僅以不法意識說明之。

所謂不法意識係指法律所不允許之事項或是法律所要求的命令事項有所認識而採取違反之行為。不法意識有時與主觀構成要件之故意、過失難以區分，學者指出，主觀要件的故意過失是屬於事實層面的行為意思，不法意識則是行為人內在意識的評價認知，如果法律所規範或禁止的情形，行為人仍冒然為之，此時行為人的內在意識具有不法意識存在³⁰。

第四項 責任與因果關係之認定

因果關係是行為與結果間的關聯，其與責任之關係將著重在法律責任的分配。一般而言，其功能在於為不良的結果提供制裁的法律依據。故其與責任的思考途徑為，行為人的行為事實是否對結果的發生有所影響？此為經驗上的因果關係。如果有的話，行為人是否對該結果負責任？此為評價上的因果關係。最後應負何種責任（諸如行政法責任或刑法責任）？

以外聘委員的法律責任為例，要對之課以行政法責任及刑事責任之前提必須，外聘委員在委員會之行為對結果之發生有所影響，其次如果具有影響的話，要不要對結果負責任，亦即應否歸責於外聘委員，最後才要考慮到負什麼責任，由於責任的類別不同，相對地在認定行為與結果之間是否具備因果關係即有所不同。例如民法的責任是著重在受害人權利的填補，但刑法的責任則傾向於對於過去惡性行為的懲罰。因之，因果關係之認定繫於個別責任有關故其因果關係內容亦有所不同³¹，以下將分別就以及行政法及刑法上因果關係理論分別介述如后³²：

³⁰ 柯耀程，前揭書（註29），頁144～145。

³¹ 黃啓禎，干涉行政法上責任人之探討，載於當代公法新論（中）；翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，台北，元照，2002年，頁291～295。

³² 有關因果關係之本質、種類、證明方法進一步的文獻，請參閱李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009年10月，頁382以下。

第一款 一般因果關係之理論

通常在行為與結果之間有某種關聯，稱之為因果關係，判斷行為與結果之間是否具備因果關係，可以分成二個層次加以理解，其一為「經驗上因果關係」（或稱事實上的因果關係），亦即從自然現象或感觀經驗來判斷，它是屬於價值中立。例如某個委員會的委員因接受賄賂，故意做出不公正的決定是否就會影響整個委員會的錯誤決議？由於委員會係採「多數決」的方式，一個委員的錯誤是否等同整個委員會的錯誤？如同借用刑法「條件說」的理論認為「對於結果的發生，任何不可忽略的要件，無此條件結果就不發生³³」，依經驗上與結果的發生有關連者，都是結果的條件。

如果接受賄賂的委員的意見，遭到委員會多數委員的否決，最後並未做出不公正之決定，此時委員會不必負責，僅該委員獨自承受刑法收賄罪之責任。

另一種情況是多數委員，個別（互不知情）接受賄賂，例如一個由十五位委員所組成的委員會，其中八名委員接受賄賂，並做出不公正的決議，此時是「累加的因果關係」，亦即單獨的一個委員的不公正決定，不能引發結果，須兩個（或數個）以上條件的組合才可能引發結果。這樣的事實有因果關係。

此外，因果關係判斷的另一個層次是，法律上的因果關係（亦可稱為評價上的因果關係）。申言之，行為人雖然具備了事實判斷上之因果關係，但是是否符合法律的評價，則須進入第二個層次，法律（或評價）的因果關係，實務上不管民法或刑法大都採取「相當因果關係」做為判斷之基礎。

第二款 行政法之因果關係認定

外聘委員行政法上之責任亦涉及到因果關係的認定，以國家賠償之因果關係而言，外聘委員是否為國家賠償法之公務員姑不論，若其依法執行職務致被害人受有損害，其因果關係之判斷亦採「相當因果關係說」，亦即在一般情況下，具體事實會造成某種結果，則外聘委員違背職務與損害間即有因果關係，值得注意者是，外聘委員於參與公共任務之履行時，若因程序上的瑕疵，尚難遽認為其有因果關係之存在，特別是即使避免程序上之瑕疵，仍然會採取該行為，

³³ 林東茂，刑法綜覽（6版），台北，一品，2009年9月，頁1-91~92。

則程序上之瑕疵與損害並無因果關係存在³⁴。

此外，對於外聘委員為罰鍰、除名或公布姓名等裁罰性不利處分，其因果關係如何認定？由於實務上民法、刑法皆採「相當因果關係理論」，於此在行政罰上是否有適用？學者認為³⁵，干涉行政之目的在防止危害，其手段不限於制裁一端，尚包括行政監督措施與強制手段，其範圍遠較刑法為廣，其責任之發生，與責任之人之選定均與刑法不同，自成一體，故其內容應有所區分，並提出直接肇因說、義務違反及風險範圍歸屬說、非法行為肇因說，做為因果關係與責任之論據。本文認為，外聘委員之責任在於其行為違反專業義務所造成。

第三款 刑法上的因果關係

刑法責任乃對於行為人違反規範的制裁，有關因果關係之學說，有條件說、原因說、客觀歸屬以及相當因果關係說³⁶，實務上向來奉行相當因果關係說，最高法院 76 年台上 192 號判例認為：「刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當因果關係。」反之，若在一般情形下，有同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」

但亦有學者指出，相當因果關係對於因果關係的判斷，雖提供一個可以思考的空間，但卻背離因果關係所要判斷的內容甚遠，在刑法中並非因果關係判斷的標準，但不可否認，該理論在民事法中卻是一個相當重要的角色³⁷。

由於刑法上相當因果關係是以一般經驗法則做為認定標準，但其標準游移不定，有時無法準確地判斷何者為法律上之原因，故學界上有提出「客觀歸責理論」³⁸，以更細緻的解決刑法歸責的問題，其意義為行為人之行為對於行為

³⁴ 董保城，國家責任法，台北，神州，2004 年，頁 136。

³⁵ 黃啓禎，前揭文（註 31），頁 292～294。

³⁶ 大谷實，刑法講義總論（新版第 2 版），2007 年，成文堂，頁 211～217。

³⁷ 有關刑法相當因果理論之批判，參柯耀程，通識刑法—基礎入門十六講，台北，元照，2007 年，頁 123～124。

³⁸ 客觀歸責理論細緻化主要得力於已退休的慕尼黑大學刑法教授 Claus Roxin，參林東茂，前

客體製造（或昇高）了一個法所不容許之風險，並且該風險在具體事件歷程中實現，而導致構成要件結果之發生者，則該結果方向歸責於行為人³⁹。

由於客觀歸責理論的提出是為結合因果關係與構成要件該當的認定，此理論乃藉由風險概念的提出來說明行為與結果間的因果關係，並檢視客觀構成要件是否該當。其結構為二段式，首先行為創設了一個風險，其以檢視該行為是否引發一定的結果造成了法律保護法益的侵害，亦即實現所創設的風險⁴⁰。

因此，當一個行為創設了法律所不容許的風險並由行為實現且造成法益侵害的事實，此即可據為構成要件的判斷，藉此所檢討的因果關係並非單純且無評價的行為，而是由不法行為的實行，造成法所不許的侵害結果，如此才是構成要件所規範的因果關係⁴¹。

值得注意的是，我國實務界長期受相當因果關係理論之支配與影響，同時最高法院並將之採為判例。因而當下級法院以客觀歸責理論作為判斷因果關係時，大多不為最高法院所接受，但近年來，最高法院在 96 年度台上字第 5992 號判決中採用「客觀歸責理論」作為發回更審之理由，是否會啓開客觀歸責理論做為判斷因果關係的轉變，尚值得觀察⁴²。

第二節 外聘委員與所參與委員會之關係

在進入責任歸屬討論之前，首先必須釐清，機關外聘委員與參與之團體即委員會之關係為何？研究此主題目的在於何者是責任的最後承擔者？彼此對於責任應如何分配的問題。簡潔地說，在不同責任類型中（諸如民事、刑事以及公法責任），究竟誰是最終的承擔者，同時承擔後進一步的法律關係如何？首先應就其個別的定位與地位予以分析。

揭書，頁 1-95；林山田，刑法通論（上冊），2006 年增訂 9 版，頁 200 以下；蘇俊雄，刑法總論，作者自版，1998 年，頁 89 以下。

³⁹ 林山田，前揭書（註 38），頁 216。

⁴⁰ 柯耀程，前揭書（29），頁 130。

⁴¹ 柯耀程，前揭書（29），頁 132～133。

⁴² 張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院 96 年度台上字第 5992 號判決，載於法學新論，第 13 期，2009 年 8 月，頁 2 以下。

第一項 委員會的定位

委員會是一個設立於機關內部的會議制組織，就法律的觀點言，它有可能被評價為「行政機關」之地位⁴³，或者為「內部單位」⁴⁴，甚至僅係為某一特定目的而組成的「臨時工作小組」⁴⁵。要探究它是否有責任能力（資格），首先應就其定位加以說明。

機關內部設立的委員會大都由機關成員（公務人員）與專家學者、公正人士共同組成⁴⁶，此等委員會所作成之決定，大都以機關名義公布，此時它究竟是機關或內部單位？實務上仍然未有一致之見解，雖然行政法學對於機關與內部單位之區別劃出了三個標準，即(一)有無獨立的組織法規；(二)有無獨立的編制與預算；(三)得否對外行文⁴⁷，其區別在行政法上甚具實益，如果是行政機關其便得獨立以自己名義對外代表國家或地方自治團體作成處分對外發生效力，內部單位僅係分擔機關之職能無法對外行為，至於在行政爭訟法則將影響到訴願管轄機關以及行政訴訟之被告機關之當事人能力，但實務上對於委員會之定位仍然莫衷一是。

第一款 實務上混亂之情形

雖然名義上皆為「委員會」，但實務上有定性為行政機關者，亦有為內部單

⁴³ 行政程序法第 2 條第 2 項、第 3 項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」

⁴⁴ 在行政機關內部，基於分工原則，通常劃分若干小規模之分支組織，稱為內部單位，名稱為司、組、科、室者皆屬單位，其並非獨立之組織體，亦無單獨法定地位。實務上如內政部民政司，各機關之訴願委員會以及為特定目的而成立之委員會（如環保署環境影響評估委員會）及鄉鎮公所之民政課、社會課等，我國中央行政機關組織基準法第 23 條及第 25 條分別就內部單位之分類及定名。

⁴⁵ 例如民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 2 條規定：「主辦機關為審核政府規劃之民間參與公共建設申請案件，應設民間參與公共建設甄審委員會（以下簡稱甄審會），甄審會應於徵求民間參與前成立，並於主辦機關與民間完成簽訂投資契約時解散」，性質上係為特定公共投資案而設的臨時工作小組。

⁴⁶ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 4 條第 1 項規定：「甄審會至委員七至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一。」

⁴⁷ 吳庚，行政法理論與實用，2007 年（增訂 10 版），頁 180～182；陳敏，行政法總論，第 5 版，2007 年 10 月，頁 909～910；黃錦堂，行政組織法之基本問題，刊於翁岳生主編，行政法（下），2006 年，元照，頁 296～297。

位者⁴⁸，茲舉例如次：

第一目 衛生署全民健康保險審議委員會⁴⁹

最高行政法院 91 年判字第 2 號判決認為，全民健康保險審議委員會（以下簡稱爭審會）依據健康保險法第 5 條第 1 項及第 2 項規定設置，訂有全民健康保險爭議審議委員會組織規程，審議本保險被保險人、投保單位及保險醫事服務機構對保人核定案件所生之爭議，其為行政機關，洵無疑義⁵⁰，但是此號判決並未有充分之理由與論證為何爭審會為行政機關。

第二目 犯罪被害人補償審議及覆審委員會

行政程序法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」依此規定，行政機關乃國家、地方自治團體或其他行政主體所設置，得代表各行政主體為意思表示之組織。所謂「組織」，須有單獨法定地位，固以具備獨立之人員編制及預算為原則。惟實務上為避免政府財政過度負擔，及基於充分利用現有人力之考量，亦有由相關機關支援其他機關之人員編制，或由相關機關代為編列其他機關預算之情形，尚難因該其他機關之人員編制及預算未完全獨立，而否定其為行政機關。各地方法院及其分院檢察署犯罪被害人補償審議委員會及各高等法院及其分院檢察署犯罪被害人補償覆審委員會之設置，依犯罪被害人保護法第 14 條、第 15 條、第 20 條之規定⁵¹，具有單獨法定地位，且得

⁴⁸ 從比較法的角度，我國專家學者參與的委員會與日本的審議會相似，但在日本審議會也有協議會、審查會、調查會、委員會、會議等名稱，西川明子，審議會等・私人諮詢機關的現狀と論點，載於レファレンス，2007 年 5 月。

⁴⁹ 最高行政法院 91 年判字第 2 號。

⁵⁰ 最高行政法院 91 年判字第 2 號，對此判決，有學者認為，此判決僅討論行政機關要件之一，對於是否獨立預算，以及是否有印信條例所規定頒給之印信未加論斷、推論並不嚴謹，參林明鏘，2002 年公法學在行政作用法上回顧，載於台灣本土法學 51 期，2003 年 10 月，頁 98～99。

⁵¹ 犯罪被害人保護法第 14 條規定：「地方法院及其分院檢察署設犯罪被害人補償審議委員會（以下簡稱審議委員會），掌理補償之決定及其他有關事務。高等法院及其分院檢察署設犯罪被害人補償覆審委員會（以下簡稱覆審委員會），就有關犯罪被害人補償事務，指揮監督審議委員會，並受理不服審議委員會決定之覆議事件及逕為決定事件。覆審委員會及審議委員會均置主任委員一人，分別由高等法院或其分院檢察署檢察長、地方法院或其分院檢察署檢察長兼任；委員六人至十人，由檢察長遴選檢察官及其他具有法律、醫學或相關專門學識之人士，報請法務部核定後聘兼之；職員由檢察署就其員額內調兼之。」；同法第 15 條規定：「申請犯罪被害補償金者，應以書面向犯罪地之審議委員會為之。有下列各款情形之一者，

代表國家受理被害人補償金之申請及調查，並作成准駁之決定，是該審議委員會及補償覆審委員會自屬行政機關，應有當事人能力⁵²。

此號判決認為，實務上為避免政府財政過度負擔，及基於充分利用現有人力之考量，亦有由相關機關支援其他機關之人員編制，或由相關代為編列其他機關預算之情形，尚難因該其他機關之人員編制及預算未完全獨立，而否定其為行政機關。但實務認其在訴訟上有當事人能力並不代表其地位即屬「行政機關」，同時其論理過程中顯然先有結論，後找理由之嫌。

第三目 衛生署醫師懲戒委員會

「醫師懲戒委員會由中央或直轄市、縣（市）主管機關設置，醫師懲戒覆審委員會由中央主管機關設置；其設置、組織、會議、懲戒與覆審處理程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」醫師法第 25 條之 2 第 6 項定有明文。醫師懲戒委員會僅為主管機關之內設單位，其組織及其處理程序等辦法均由中央主管機關訂定，而非由法律所規定。又醫師懲戒委員會或覆審委員會均無獨立之編制或預算，亦無關防，僅為任務編組之單位。至醫師法第 25 條第 1 項僅為主管機關內部分工之規定，以及同法第 25 條之 2 第 5 項關於委員會組成之規定，無非基於由各種身份委員審議，較能得到客觀公正之處分結果，然該委員會仍係替代主管機關為之而已。是依上開說明及法理上通說，尚難認為醫師懲戒委員會有當事人能力而得作為被告⁵³。

第四目 地價及標準地價評議委員會

地價及標準地價評議委員會，係直轄市或縣（市）政府依內政部訂頒之地價及標準地價評議委員會組織規程所設置，其委員及工作人員均屬兼任，並無專職人員，亦無獨立預算，自係直轄市或市縣政府因任務編組所設內部單位，

由中央政府所在地之覆審委員會指定應受理之審議委員會：一、犯罪地不明者。二、應受理之委員會有爭議者。三、無應受理之委員會者。」；第 20 條規定：「覆審委員會及審議委員會因調查之必要，得通知申請人及關係人到場陳述意見、提出文書或其他必要之資料或接受醫師診斷，並得請有關機關或團體為必要之協助。申請人無正當理由，拒絕到場陳述意見、提出文書或其他必要之資料或接受醫師之診斷者，覆審委員會及審議委員會得逕行駁回其申請或逕為決定。」

⁵² 最高行政法院 94 年 6 月份決議。

⁵³ 最高行政法院 97 年判字 120 號。

而非具有單獨法定地位之行政機關，自無作成行政處分之權能。地價評議委員會依土地徵收條例第 22 條第 2 項規定，就被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服直轄市或縣（市）地政主管機關調查處理情形提出復議所作成之決議⁵⁴，仍須經所屬市直轄市或縣（市）政府地政主管機關作成行政處分，始能發生法律效力。

第五目 交通部高速公路局 E.T.C 甄審委員會

實務認為甄審會係主辦機關臨時設立之內部委員會，而非獨立行使職權之機關，蓋同辦法第 2 條規定甄審會應於主辦機關與民間簽訂投資契約時解散，較傾向於「臨時工作小組」。民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法⁵⁵第 4 條第 1 項規定，甄審委員會置委員七人至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一；同辦法第 5 條第 1 項規定，甄審委員會置召集人一人，綜理甄審事宜，副召集人一人，襄助召集人處理甄審事宜，均由主辦機關首長或其授權人員指定委員擔任，或由委員互選產生之；同辦法第 13 條第 1 項、第 5 項規定，綜合評審時，由甄審委員會就資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人，綜合評審結果由甄審委員會報請主辦機關公告之。足見民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關⁵⁶。

第六目 環境影響評估委員會

環境影響評估法第 3 條規定，「各級主管機關為審查環境影響評估報告有關事項，應設環境影響評估審查委員會（以下簡稱委員會）。前項委員會任期二年，其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二。

依環境影響評估審查委員會組織規程第 4 條第 1 項規定：本會置委員 21 人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，有關機關代表 5 人，由行政院研

⁵⁴ 最高行政法院 98 年 6 月份第 1 次庭長會議法官聯席會議決議。

⁵⁵ 本辦法係依促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項授權訂定。

⁵⁶ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

究發展考核委員會副主任委員、行政院國家科學委員會副主任委員、行政院農業委員會副主任委員、行政院經濟建設委員會副主任委員及行政院公共工程委員會副主任委員兼任；其餘委員 14 人，由主任委員就具有環境影響評估相關學術專長及實務經驗之專家學者中聘兼。

環境影響評估委員會係依法設置並對環境影響評估事項作成審查結論並「公告」，依環境影響評估法第 2 條規定，在中央環保署為負責環境影響評估之主管機關，雖然，行政院環保署依法訂定「行政院環保署環境影響評估委員會組織規程」，並編列預算具單獨法定地位，但環保署環評會作成決定係以環保署長之名義對外公告，並非以環境影響評估會之名義，故環評會應為內部單位而非行政機關⁵⁷。

第七目 行政院公民投票審議委員會

公民投票法第 34 條規定：「行政院應設全國性公民投票審議委員會，審議下列事項：一、全國性公民投票事項之認定。二、第 33 條公民投票案是否為同一事項之認定。」是全國性公民投票審議委員會係設於主管機關行政院之內，而負有特定之職掌⁵⁸。設於行政院內之全國性公民投票審議委員會，對全國性公民投票提案成立與否具有實質決定權限，對外則以行政院名義作成行政處分，行政院對於該委員會所為之決定並無審查權。

全國性公民投票審議委員會之組織係置於行政院內，並非獨立之行政機關，而是在行政程序上執行特定職務之組織，屬行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款所稱「參與行政處分作成之委員會」⁵⁹。

⁵⁷ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

⁵⁸ 公民投票法第 10 條第 2 項規定：「審議委員會應於收到公民投票提案後，十日內完成審核，提案不合規定者，應予駁回。」第 3 項規定：「前項提案經審核完成符合規定者，審議委員會應於十日內舉行聽證，確定公民投票案之提案內容。」同法第 14 條第 2 項規定：「公民投票案經審查無前項各款情事者，主管機關應將該提案送請各該審議委員會認定，該審議委員會應於三十日內將認定結果通知主管機關。」第 3 項規定：「公民投票案經前項審議委員會認定不合規定者，主管機關應予駁回；合於規定者應函請戶政機關於十五日內查對提案人。」同法第 55 條第 1 項規定：「全國性或地方性公民投票案經審議委員會否決者，領銜提案人於收到通知後三十日內，得依行政爭訟程序提起救濟。」

⁵⁹ 司法院解釋 645 號解釋理由書，謂：「其職務係就個別全國性公民投票案，審議是否符合規定而屬得交由人民創制或複決之事項，具有協助人民正當行使創制複決權之功能，性質上屬行政權。因行政掌法律之執行，執行則有賴人事，是行政權依法就所屬行政機關之具體人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，應享有決定權，為民主法治國家行政權發揮功能所不可或缺之前提要件。該委員會既設於行政院內，並參與行政院作成行政處分之程序，故對

第二款 學界之看法

行政機關內設立諸多以官僚與專家學者組成的委員會，在我國幾乎成爲常態，但此等委員會之地位在學界並未引起廣泛的討論，只有少數個案出現後加以探討。以行政院公民投票審議委員會爲例，司法院解釋 645 號理由書認爲，公民投票審議委員會之組織係置於行政院內，並非獨立機關，而是在行政程序上執行特定職務之組織，屬於行政程序法第 114 條第 1 項 4 款所稱「參與行政處分作成之委員會」。換言之，將公民投票審議委員會定位其爲內部單位。

但是諸多的委員會依其功能及實質面觀察，其實具有很強的獨立性，有學者認爲：「即使係一行政機關中之某一特定委員會，但只要其法律上被賦予管轄權與決行權，則自然得以自己的名義而爲決行，而有行政機關之地位⁶⁰」，其進一步指出：「重要者爲立法者對該單位的定性，就實質面觀察，行政機關若業務量龐大，或其承辦之業務容易被政治力所入侵，或爲促進客觀公平，或爲均衡代表各方利益（例如空污基金之管理來自於各不同付費者），則非不得被設計爲「行政機關」這是出自事物本質，也是出自於各自負責⁶¹。

第三款 本文之看法

關於委員會之名稱，我國中央行政機關組織基準法第 6 條第 2 款規定：「委員會；二級或獨立機關用之。」因之，我國行政院以下所屬二級機關⁶²或獨立機關⁶³均以「委員會」之用語稱。然而在我國行政機關內部亦有爲數不少的由專家學者公正人士參與組成的組織，其名稱亦使用「委員會」，於是造成如上所述實務上在認定其定位時，有謂「行政機關」有謂「內部單位」顯見實務並非以「形式」認定而係採「實質」之認定，但是其說理似嫌不足⁶⁴。

該委員會委員之產生，行政院自應享有人事任命決定權。惟有鑑於全國性公民投票審議委員會之功能與一般行政機關須爲政策之決定及執行者不同，故其委員之產生並非憲法第 56 條之規範範圍，立法院固非不得參與或以其他方式予以適當之制衡，但其制衡應有界限。」

⁶⁰ 黃錦堂，行政組織法，刊於翁岳生編行政法（上），2006 年，台北，元照，頁 286。

⁶¹ 黃錦堂，前揭文（註 60），頁 287。

⁶² 例如行政院勞工委員會、文化建設委員會、僑務委員會、退除役官兵輔導委員會...等。

⁶³ 例如行政院國家通訊傳播委員會、金融監督管理委員會、中央選舉委員會、公平交易委員會。

⁶⁴ 例如在論及「衛生署全民健康保險審議委員會」之地位時在援引法條後即謂「其爲行政機關，洵無疑義」，參最高行政法院 91 年判字第 2 號判決。

日本與我國相同⁶⁵，行政組織的特色之一即是大量的「審議會」⁶⁶（相當於我國委員會）作為其「附屬機關」，依據日本國家行政組織法第 3 條 2 項及 3 項規定：「國家行政機關之組織分為府、省（按省等同於我國之部會，以下同）委員會及廳，其設置及廢止分別以法律定之；府及省為設於內閣統之下掌理事務之行政機關，委員會及廳為府或省之分支機關，在必要時得以法律明定國務大臣得以出任委員會與廳之首長」及同法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關在法律規定其職掌範圍內，依法律或行政命令規定」對重要事項之調查審議，不服審查及有學識經驗者等，所提出合議之處理，得設置合議制機關」⁶⁷。

日本之審議會除了依法律以外以政令（行政命令）亦可設置。此外，地方政府亦可依地方自治第 138 條設置，其「審議會」可分為政策提案型、不服審查型以及案件處理型審議會，其中不服審查型議會，對於行政機關作成之行政處分不服，法令上賦予審議會處理此類案件，例如社會保險審查會、關稅等不服審查會、信息（資訊）公開審查會。此種審議會之特色，在於其決定本身作為國家意思向外部表示，具有法的效力，即具有日本行政官廳法理中的行政官廳資格，如社會保險審查會⁶⁸。

在我國亦有此種情形，雖然同樣為委員會，有的為內部單位，如地價及標準地價委員會，民間參與公共建設甄審委員會⁶⁹、環境影響評估委員會等；亦有為行政機關之性質，如衛生署全民健康保險爭議審議委員會⁷⁰、犯罪被害人補償審議及覆審委員會⁷¹。另外，案件處理型審議會，此類型之審議會在法規命令的制定及公共收費，甚至作成許可、檢定等個別處分時，接受機關首長的諮詢而進行審查決定（例如電波監理審議會、運輸審議會、食品安全委員會）還有就糾紛處理進行斡旋、調解、仲裁（例如中央建設工事紛爭審查會），此種

⁶⁵ 我國於行政院之下有許多「合議制之委員會」其為「機關」，如公平交易委員會、國家通訊傳播委員會、勞工委員會……等以「委員會」名稱，但於行政機關內部大都為任務編組或內部單位亦以「委員會」名稱，此之委員會與合議制機關性質之委員會並不相同（如前述），相較於此，日本大都用「審議會」名稱。

⁶⁶ 日本的審議會在 2000 年以前國家機關審議會總數就有 211~277 之間；平成 11 年改革後其總數在 104~108 之間請參日本の行政 2009，（行政管理研究センター，2009 年），頁 11。

⁶⁷ 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法，（有斐閣，2008 年），第 3 版第 5 刷，頁 76。

⁶⁸ 塩野宏，前掲書（註 67），頁 77。

⁶⁹ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

⁷⁰ 最高行政法院 91 年判字第 2 號判決。

⁷¹ 最高行政法院 94 年 6 月份決議。

案件處理型亦有被賦予行政機關之地位⁷²。

本文認為，由於我國關於委員會名稱未如日本之區分，但實務上仍有「○○審議委員會」，故於形式上實難區分且造成地位認定之混淆，此觀諸行政法院之裁判自明⁷³。

故應「捨形式而就實質」，易言之，以委員會的功能及實質面加以判別，若該委員會具有甚強的獨立性，同時法規賦予其決定事務之權限，應承認其具有「行政機關」之地位。故本文建議應進行相關委員會地位之檢討與整備，梳理出具機關地位之內部委員會以及內部單位之委員會。從立法論之角度，可以在各該法規中直接賦予其明確之地位，若獨立性甚強並具決定權限之委員會，應於該組織法或作用法內明定其為機關之地位，如「○○審議委員會在其權限範圍內視為行政機關」。

第二項 委員會與外聘委員之關係

從法律實務之觀點，機關內設置以專家學者公正人士所參與的委員會其定位有可能為行政機關、內部單位，甚至是機關內任務編組的「臨時工作小組」⁷⁴。當外聘委員之行為違反了專業的要求，並造成人民權益之侵害時，其法律責任之歸屬究應由該委員會承擔或外聘委員本身負責？在相關法律責任探討的同時有必要進一步說明。

從行政學的角度，機關設立之委員會是一個「組織結構」(organizational structure)，這一個組織結構的設計上包括人員與事務之安排，人員可能由該機關內部的高級職員（如副首長、主任秘書或一級主管）與外聘的專家學者社會公正人士共同組成，至於事務則視該委員會所扮演的功能而有所不同，諸如參與機關之作成行政處分⁷⁵，或提供機關相關政策或業務之諮詢⁷⁶，以及審議不服

⁷² 塩野宏，前揭書（註 67），頁 77。

⁷³ 事實上筆者審閱諸多有委員會之判決，大都數原告所主張之點有許多是爭執「委員會之地位及組成員」。

⁷⁴ 例如交通部高速公路局之 E.T.C 甄審委員會，於甄審出最後申請廠商後即宣告解散，後續相關作業由高速公路局自行處理；參黃錦堂，行政判斷與司法審查－最高行政法院高速公路電子收費系統（E.T.C）案判決評論，收錄於湯德宗、李建良主編《2006 行政管制與行政爭訟》，2007 年 1 月，頁 321。

⁷⁵ 參與機關作成行政處分之委員會如行政院公民投票審議委員會，參司法院解釋 645 號理由書。

該機關之處分⁷⁷，這樣的「組織設計」其功能在於引進官僚之外的專家參與，某種程度強調「專業」並可取得人民之信賴。

在委員會組織中，爲了讓適當的人從事適當的職務，首先必須有「職位」(position)，依此職位而有相當於該職位所應履行的任務，亦即「職務」(duty)，外聘委員的「職位」是「委員」其在社會上之身分爲專家、學者公正人士，依此身分或職位，其應履行的任務係參與國家公共任務之「執行」，故其權力(power)的來源係來自於組織法規或作用法之授權，因有權力之賦予，因而對該等外聘委員課以道德責任⁷⁸或法律責任(legal responsibility)。

外聘委員的道德責任來自於人民對專業的信賴，因爲相信專業是社會共識，若違反專業雖法律並無課責，在道德責任的非難仍不可免。

但是，法律責任在法治國家中必須來自國會民主的授權，是故外聘委員參與公共事務之法律責任則必須求諸於現行法律體系的規範，至於責任應由該團體的「委員會」或「個人」的外聘委員負責，須視「行爲類型」以及「委員會態樣」而不同，以下本文將聚焦於法律責任之探討，並將之區分爲刑事責任、行政法責任以及國家賠償責任。

第三節 行政法責任

第一項 概說

本節將聚焦於「行政法責任」之研究，然首先應究明者在於爲何要研究行政法責任？其內容爲何？從責任的社會功能面來說，刑法責任在於懲罰及威嚇嚴重破壞法益的行爲；而民事責任則側重於防止及補償個人的損害；行政法責任則在落實公共事務之執行及防免對公共職能的破壞。因此與公共職能施行有關之人員，尤其是公務員大都有特別法律之規範，例如公務員懲戒法與公務人

⁷⁶ 政策諮詢者如賦稅改革委員會、經濟發展諮詢委員會；個案諮詢例如私立學校法第5條之私立學校諮詢委員會，針對私立學校之解散、停辦以及董事會之重大缺失提供諮詢意見。

⁷⁷ 例如各機關之訴願審議委員會。

⁷⁸ 不容否認，專家學者公正人士之所以受聘於國家無非以其「專業」或「社會聲譽」相對社會的信賴感與期待更深。

員考績法...等。但是外聘委員從身分上觀之，他們並非我國公務員懲戒法與公務人員考績法之適用對象⁷⁹。故從法律解釋的觀點，外聘委員並不能適用公務員的懲戒與懲處之規定，故下節探討有關依法令且行使公權力的外聘委員可能評價為「刑法公務員」。但外聘委員卻無法評價公務人員法制上（尤其是公務員懲戒法與公務人員考績法）之公務員。

外聘委員擔任公共事務之履行，如審議、監督管理、爭議裁決等事務，這是不爭的事實，若有違反法律之規定除了課以刑法之外，行政法責任有無可資探討之處是本節的重點。而本節所稱的行政法責任係指違反紀律的懲戒罰以及違反行政法義務的秩序罰（行政罰）。

一般說來，外聘委員從其社會地位來說，不外乎教授（學者）、專家、社會公正人士、利益團體代表，如果是教授有教師法、教育人員任用條例及大學法的規範；至於專家，若為專門職業技術人員（如律師、會計師、建築師、醫師...等），有個別法律針對其違反該行業紀律規範而對之有不同的懲戒處分⁸⁰。於是在思考上即產生渠等人以專家之身分介入公共事務之履行，而有違反法律之規定時，在刑事責任之外，究竟應否另外構架其「行政處罰」或回歸各該專業法律之懲戒的規範體系頗值探討。

舉例來說，在一個促進民間參與公共建設（B.O.T）的甄審委員會裡，其中外聘委員有律師、土木技師、會計師、大學教授因涉及收賄遭判刑後，對這些人的「行政法責任」究應如何處理⁸¹？教授應否視其違法的程度而將之「停聘」「解聘」或「不續聘」⁸²？而建築師擔任外聘委員涉及不法遭判刑後，能否依該專業法規予以「警告」、「申誡」、「停止執行業務」或「撤銷或廢止開業證書」⁸³？在法理上可能思考者在於外聘委員所從事之公共事務與專門職業技術人員之執行業務「事物本質」是否相同？如果不同應否統一架構出異於專門職業技

⁷⁹ 公務員懲戒法第 9 條；公務人員考績法第 4 條。

⁸⁰ 我國法制如律師法第 44 條、建築師法第 45 條、醫師法第 25 條之 1 等均有規定。

⁸¹ 現行制度如採購評選委員會委員須知第 5 款規定，機關發現委員有採購人員倫理準則第七條規定之行爲，應予「解聘」，其屬自主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關之建議名單遴選者，並應通知主管機關，以作為將其自名單除名之依據。

⁸² 教師法第 14 條。

⁸³ 建築師法第 45 條：「建築師之懲戒處分如下：一、警告。二、申誡。三、停止執行業務二年以上二年以下。四、撤銷或廢止開業證書。建築師受申誡處分三次以上者，應另受停止執行業務時限之處分；受停止執行業務處分累計滿五年者，應廢止其開業證書。」

術人員懲戒之規定？而有所謂「外聘委員」參與公共事務之公法責任體系之建立。我國法制上亦有個別規範對於外聘委員之參與公共事務履行責任之規定，但目前皆僅及於涉及公共工程及政府採購案。或許從實務的角度觀察，此類外聘委員所參與的委員會利益龐大，在利之所趨，弊易滋生的原則下，有關部門意識到此問題的嚴重性，並加以正視，開始做高密度的規範⁸⁴。之所以提出此問題在於「外聘委員」雖參與國家公共事務之履行，但本質上無法與依法考銓合格的公務員（或稱公務人員）等同視之，於是在法學方法論之思考上必須借助其他的方法，在法解釋論上有幾點值得思考。首先，外聘委員參與公共事務之公法責任可否「準用」或「類推適用」公務員懲戒法或公務人員考績法？其次，就外聘委員之原始身分亦即「學者」「專家」或「社會公正人士」「利益團體代表」可否回歸個別法律之適用，而不另外「準用」或「類推適用」？另外，從立法論的角度提出外聘委員參與公共事務公法責任體系之建構，尤其是行政處罰責任，凡此均須進一步論證⁸⁵。

第二項 法學方法論之思考

處理外聘委員參與公共事務之地位，其困難在於其具備有雙重身分，亦即「原始社會身分」與「似近公務員之身分」，依筆者實證研究的結果⁸⁶，我國有關引進專家、學者、公正人士參與的委員會（含中央與地方），大約有五百多個左右，由於渠等人士在社會的優越地位，使其獲得社會大眾的信賴與期待，而參與國家機關公共事務，但此亦可能產生一項弊端，亦即官僚不願或不敢負責者，往往以委員會之形式取代機關之決策，一旦政策失敗、執行不力，行政首長輒將責任推給委員會，而委員會由於是合議制，且由官僚與民間人士（即專家、學者、社會公正人士）組成，其公法上之責任根本無從如公務員般對之懲戒與懲處，待事情完結，同樣一批委員可能再接受遴聘，如此幾乎無法有效淘汰不適任的外聘委員。尤有甚者，配合度愈高或與首長私交甚篤的外聘委員可

⁸⁴ 例如民間參與公共建設甄審委員會專家學者建議名單資料庫除名原則（95.09.06）；採購評選委員會須知第5項規定，晚近應考慮到法律保留。

⁸⁵ 從比較法的角度，德國行政程序法第86條及87條亦有規定，被徵召從事榮譽職工作之人員之「解除職務」與「科處罰鍰」之規定。

⁸⁶ 筆者於2009年12月20日以電腦檢索「專家、學者、公正人士、委員會」所得資料。

能再度遴聘的機會更高，於是如何建構出一套行政法責任機制，符合「有權有責」之原則，以落實法治主義精神，實為當務之急。

可惜的是，早期我國法制對於專家學者等外聘委員產生的遴聘程序，除少數法律規定外大都依據法規命令，甚至以行政規則規定者亦不乏其例。晚近，逐漸意識到其重要性，而有不少採法律保留者，本文認為這是正確的方向，蓋晚近在法治國家人權保障的思潮下亦逐漸重視組織的程序保障，而成員為組織之一部分，若能堅持遴聘行為的法制化則可避免機關本位並出於恣意遴聘與己意見相同的成員，若能提昇至法律位階，透過國會監督的模式，讓專家學者社會公正人士的參與更具民主的正當性。例如，中央主管機關為整治土壤及地下水污染，得對指定公告之化學物質，依其產生量及輸入量，向製造者及輸入者徵收土壤及地下水整治費，並成立土壤及地下水整治基金⁸⁷，並設「基金管理運用委員會」，委員會其中專家學者不得少得委員會總人數的三分之二，委員會委員於任期中及該任期滿後三年內，均應迴避土壤地下水污染整治相關工作委員之配偶，直系血親及三親等之旁系血親均應迴避委員任期中所審核相關整治場址之土壤及地下水污染整治工作⁸⁸。但是法律雖有禁止規定，但倘若委員違反相關之規定，卻未有任何的行政責任。是故本節所要討論的公法責任實益在此，亦即當法規範（含法律與法規命令）有禁止規定時⁸⁹，若外聘委員違反了上述規定此時應否課予其公法責任，雖然個別法規有零星的規定，但在一般的委員會組織規程及辦法中似乎尚未有全般的規定。

但是要課予外聘委員公法責任首先要思考的是，建立外聘委員參與公共事務違反禁止或作為規定之責任，究應類推適用或準用公務員相關法規或專門職業法規？抑或是於法律中明文規定其懲戒或懲處之類型，此涉及解釋論與立法論之爭議，本此先從比較法之考察以及法學方法論思考模式逐次說明於后。

⁸⁷ 土壤地下水污染整治法第 22 條、23 條、24 條。

⁸⁸ 土壤地下水污染整治法第 24 條第 2 項。

⁸⁹ 例如在委員會的組織規程中均有要求外聘委員迴避之規定，但是倘若應迴避而未迴避似乎未課予「專家、學者、社會公正人士」有何公法責任。

第一款 比較法的考察

我國專家學者社會公正人士以其專業或聲譽參與國家公共事務，此乃其社會地位深獲大眾的信賴與期許，而接受遴聘大都為無給職且寓含有「榮譽職」之意味，或許由於其地位備受尊崇，我國法制上尙未有一般對其違反職務行為而對之課以公法責任之規範。

相較於我國，德國在行政程序法中針對「榮譽職」工作者有特別規定，在該法第 81 條規定：「對於行政程序中之榮譽職工作，法規另無其他規定者，適用第 82 條至 87 條之規定，同時規定有關榮譽職人員規定應依其良心公平執行職務⁹⁰，若被徵召人從事榮譽職工作之人員，有重大理由時，得由原任命機關，解除其職務。榮譽職工作人員有下列情形時，視為有重大理由⁹¹：一、重大違背職務，或有不良行為時。二、不能再照常行使職務時。

此外，下列行為，視為違反秩序：一、負有擔任榮譽職工作之義務者，不承擔此項工作時。二、負有擔任榮譽職工作之義務者，無重要理由離去其職務時。對違反秩序者，得科處罰鍰⁹²。

上述德國有關榮譽職工作人員的行政法責任係採法律保留之方式⁹³，同時賦予聘用機關有「解除職務」與「罰鍰」之權力。

第二款 法律解釋論之思考

法律解釋係將抽象的法律具體化，並將之闡釋令其有正確的適用，同時在解釋時必須兼顧法律的安定與理想，法律的功能才能發揮⁹⁴。

隨著社會的變遷與多元化，若為符合社會預期效果，以切合社會的期待與需要，則有時須透過其他學門的解釋，如法社會學的配合。若解釋法律，應先以文義解釋為基本，有多數解釋可能時才能使用其他方法的解釋，以專家學者

⁹⁰ 德國行政程序法第 83 條第 1 項。參胡建淼主編，中外行政法規比較與分解，北京，法律出版社，2004 年，頁 1404。

⁹¹ 德國行政程序法第 86 條，同前註，頁 1405。

⁹² 德國行政程序法第 87 條。

⁹³ 相較於此，我國部分外聘委員雖然亦有「解除職務」或「除名」制度但卻於「須知」中明定（行政規則）關於此點之檢討，本文將於后論述。

⁹⁴ 楊仁壽，法學方法論，作者自版，2005 年 4 月，頁 117~118；黃茂榮，法學方法與現代民法，作者自版，2009 年 8 月增訂 6 版，頁 447~448。

公正人士參與公共工程甄審與政府採購評選為例，實務上有將之解釋為新刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，而成為刑法的「公務員」，但是「專家、學者、社會公正人士」等外聘委員能否適用「公務員懲戒法加以懲戒？」其前提是渠等人員是否為公務員懲戒法之「公務員」？此涉及到行政法上尤其是公務員法制之「公務員」之含義為何，外聘委員是否包含在行政組織法有關公務員的語義之中？

然查，現行公務員懲戒法並無明定懲戒對象，故此法所稱之「公務員」一般解釋均以公務員服務法第 24 條之適用對象即「受有俸級之文武職公務員，及其他公營事業服務之人員」⁹⁵，此仍屬於法律解釋之範疇。

試舉一例，若受聘擔任外聘委員之專家學者收受賄賂遭提起公訴，此時遴聘機關可否將之移付懲戒？此時即會發生外聘委員是否為公務員懲戒法之懲戒對象，或有謂依目前公務員懲戒法第 9 條之懲戒事由似無法將之列為懲戒對象，但此為「解釋論」之範疇，未來修正公務員懲戒罰之懲戒類型的同時（如增列罰款）有無可能更細緻的將之列為討論，是為「立法論」之範疇，茲進一步說明如次：

第一目 外聘委員可否擴張解釋成公務員或類推適用公務員懲戒法

一、擴張解釋與類推適用

擴張解釋係因法律文義過於狹隘，不足以表示立法真義，及擴張法文之意義，以期正確適用⁹⁶；類推適用係指將法律明文規定，比附援引適用到該法律規定所未直接加以規定，但其規範上的重要特徵與該規定所明文規定者相同之案型，類推適用最爭執的問題在於所擬處理的案型與法律明文之案型具有相同之意義⁹⁷，倘若外聘委員解釋上並非能評價為公務員懲戒法之公務員，能否以「類推適用」的方式？

於此首先要釐清的是「法律解釋」的範疇與「類推適用」是有不同的，擴張解釋仍然在文義解釋範圍，但類推適用已經是法律有「漏洞」。換言之，若經

⁹⁵ 司法院第 262 號、305 號解釋。

⁹⁶ 楊仁壽，法學方法論，作者自版，2005 年，頁 199。

⁹⁷ 黃茂榮，法學方法論與現代民法，2009 年 8 月，頁 737；楊日然，法理學，台北，三民，2005 年 10 月，頁 116~117。

由法律解釋（例如擴張解釋）可以直接適用即不必類推適用⁹⁸。

於此外聘委員參與公共事務，可否將公務員懲戒法適用對象之「公務員」擴張解釋包括「外聘委員」？如果不能的話，才思考此是否為「漏洞」？而予類推適用。

二、本文看法

本文認為，在法解釋之範疇中，要將「外聘委員」解釋為公務員懲戒法之「公務員」，不管從文義解釋、立法解釋或擴張解釋都有其解釋學上之困難，蓋公務員懲戒法第 1 條「公務員非依本法不受懲戒」及同法第 9 條之規定：「公務員之懲戒處分如左：一、撤職。二、休職。三、降級。四、減俸。五、記過。六、申誡。」可知其「公務員」之解釋範疇應僅包政務官與事務官⁹⁹，亦即強調具有公法上「職」與「務」之公務員，否則該法不會有「撤職」「休職」...等規範。

本文認為，外聘委員身分之認定，亦即其是否為公務員應屬於當時立法者未預見之事（亦即當時未有意料日後之演變），但得否類推適用仍須視事件之性質及相關法理之運用方能加以判斷。一般說來刑事案件由於罪刑法定主義之原則係「禁止類推」；至於民事案件依民法第 1 條則允許類推。但本問題係屬於「懲戒」對當事人應屬不利事項，依行政法之解釋方法論應該係「禁止類推適用」。故關於外聘委員參與公共事務若因違反法律（除刑事法律）外的行政責任應無法適用或類推適用公務員懲戒法。

第二目 回歸各該身分之專門職業技術法規適用

機關成立之委員會成員中除大學教授外有不少係專門職業技術人員，各專業人員在其「專業領域」中有其應遵守的法律與倫理規範，其服務的對象主要為人民，法律關係則為「委任契約」。有關民事與行政、刑事責任相關法制均有規範。例如專門職業技術人員（如律師、會計師、建築師）在為他人處理事務因故意或過失致損害於委任人其民事責任為契約責任或侵權責任¹⁰⁰；刑事責任

⁹⁸ 李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009 年 10 月，頁 286；又關於類推與擴張解釋之詳述請參，楊日然，法理學，台北，三民，2005 年 10 月初版，頁 121～123。

⁹⁹ 當然經過不斷之演進其適用對象漸漸放寬。

¹⁰⁰ 民法第 544 條：「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」

如於處理業務過程中洩業秘密，亦有專屬的刑法處罰規定¹⁰¹，行政法對於違反專業紀律的懲戒則規定於各專門職業技術法律之中¹⁰²。

由於「專門職業」在我國為自由業，對於該專門職業之管理法制是採「國家間接行政」由各該專門職業技術人員組成「公會」。以律師為例，我國律師法第 11 條第 1 項規定，律師非加入律師公會不得執行職務，律師公會亦不得拒絕其加入；同法第 40 條第 2 項規定，律師公會對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理事監事聯席會議之決議送請律師懲戒委員會處理。依此，律師公會係由法律賦予其自治權並由其自我管理，而國家則立於監督的角色。換言之，我國關於專門職業人員的管理法制如懲戒之規定尚稱完備。

但是引進外聘委員參與公共事務與專門職業技術人員服務於私人是有所不同的；首先要釐清的外聘委員遴聘的法規範中有明定「專家、學者、公正人士」有明定「律師」「會計師」「建築師」「醫師」者，於是即產生「專家是否為專門職業技術人員」或「專門職業技術人員是否即為專家」的命題¹⁰³，此點尤有釐清的必要；其次，在執行職業的面向上是有不同的，專技人員依客戶（人民）委任之事務加以處理，其職務為「私人事務」但專家學者介入的是「公共事務」，兩者顯然不同。對於其所處理事務本質不同，所產生的責任是否不同，此點在解釋論時亦應為思考之重點。

第三目 專業法規懲戒之介紹

一、比較法的觀點

(一)德國法

我國之「專門職業技術人員」，大致上相當於德國法上的「自由業」學者指出¹⁰⁴，德國對於自由業的管理是採「間接國家行政」（mittelbare staatsverwaltung）方式，將各該從業組織組成「職業公會」賦予自治行

¹⁰¹ 刑法第 316 條：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」

¹⁰² 醫師法 25 條及 25 條之 1；律師法第 39 條及 44 條；會計師法第 61 條及 62 條；建築師法第 45 條及 46 條。

¹⁰³ 關於專家與專業人士概念之區辯，請參本論文第二章第二節第二項第一款第二目之說明。

¹⁰⁴ 許春鎮，德國專門職業技術人員管理法制，收錄於我國專門職業技術人員管理法制之檢討，行政法院會編印，2008 年 12 月，頁 3。

政權，使其自我管理，而國家則立於監督者的角色，對於公會之成員若違反義務之事實經確認後，職業公會可以採取各種紀律之措施，如果違反義務之情節輕微，尚無須發動「懲戒」公會可以行使撤銷權（Rügerecht）。撤銷（Rüge）是對於違反職業義務行為的非難，由公會理事會行使，以代替職業法庭之處罰，由於撤銷係對職業自由之處罰須有法律授權，如果情節重大，則應移送職業法庭「懲戒」¹⁰⁵。

至於德國法對於專門職業技術人員懲戒之種類則視不同職業而異其規定¹⁰⁶，諸如對於建築師之懲戒，包括申誡（Verweis）、罰鍰（Geldbuße）、解除擔任之公會機關職業、停止選舉及被選舉權、除名；對於引水人則包括警告、申誡、罰鍰，對於工程師違反職業之處罰則有「罰鍰預告」及「罰鍰」¹⁰⁷等。

(二)日本法

專門職業技術人員種類繁多¹⁰⁸，以律師為例，學者指出，日本「弁護士法」有關律師（專門職業技術人員）之懲戒事由、程序與類型¹⁰⁹，依日本弁護士法第 56 條第 1 項規定，律師或律師法人，於有下列各種情事之一時，應受懲戒：(1)違反本法規定時；(2)所屬地方律師公會或日本聯合會之章程時；(3)妨害所屬地方律師公會之秩序或信用時；(4)其他不論職務相當與否之可能喪失品味之不當行為時。

至於律師若有上述懲戒事由時，其懲戒權係由所屬地律師公會行使¹¹⁰，此外日本弁護士法第 57 條第 1 項規定，律師之懲戒事由有：(1)申誡；(2)停止執行業務二年以下；(3)命令退會；(4)除名等四種。

¹⁰⁵ 許春鎮，前揭文（註 104），頁 38～39。

¹⁰⁶ 此點我國與德國類似，參見律師法第 44 條；會計師法第 62 條；建築師法第 45 條；醫師法第 25 條之 1。

¹⁰⁷ 許春鎮，前揭文（註 104），頁 39。

¹⁰⁸ 有關日本專門職業技術人員（專門家）之類型與責任，參下森定，日本法における「専門家の契約責任」及円谷 峻，日本法における「専門家の不法行為責任」，分別收於川井健編，専門家の責任，日本評論社，2008 年 2 月，頁 9 以下及頁 51 以下。

¹⁰⁹ 林素鳳，日本之律師自治，收錄於我國專門職業技術人員管理法制之檢討，行政院法規會印行，2008 年 12 月，頁 152～156。

¹¹⁰ 日本弁護士法第 56 條第 2 項。

二、我國專門職業技術人員法關於懲戒之規範

憲法第 86 條第 2 款規定，專門職業技術人員執業資格，應經考試院依法考銓，我國專門職業技術人員種類繁多，實務上引發的爭議亦不少¹¹¹，由於本文研究主題在於專業人員於執行業務（含私人事務與公共事務），違反法規範之公法責任，尤其是紀律違反的懲戒，故於取樣時勢必無法含蓋數十種或上百種專門職業的法規範¹¹²，故本文將以外聘委員中較多的法律、會計、醫學及建築等專業人士為分析樣本，並作相關的比較分析。

(一)專門職業技術人員之懲戒概述

專門職業技術人員違反法律或紀律之行爲將構成懲戒，由於專門職業在社會上之地位係專業人士，故在身分上有不宜同時扮演雙重角色，如專業人士不應兼任公務員，同時違反相關規範亦有不同種類的懲戒，以下將四種專業人士之懲戒規定整理如次：

表 6-1 四種專業人士懲戒規定表

比較點		內容	法律規定
律師	兼任公務員限制		律師法§31 條：「律師不得兼任公務員。但擔任中央或地方機關特定之臨時職務者，不在此限。」
	應付懲戒事由		律師法§39 條：「律師有左列情事之一者，應付懲戒：一、有違反第 20 條第 3 項、第 21 條、第 22 條、第 24 條、第 26 條、第 28 條至第 37 條之行爲者。二、有犯罪之行爲，經判刑確定者。但因過失犯罪者，不在此限。三、有違背律師倫理規範或律師公會章程之行爲，情節重大者。」
	懲戒處分		律師法§44 條：「懲戒處分如左：一、警告。二、申誡。三、停止執行職務二年以下。四、除名。」
會計師	兼任限制		會計師法§44 條：「會計師非經申請註銷執業登記，不得充任公務員或公營事業機構之董事、監察人或經理人。但其事由消滅後，得再申請執業登記。」

¹¹¹ 司法院解釋 295 號、352 號、378 號、453 號及 654 號。

¹¹² 在一個專業分工的社會裡，專業人士勢必愈來愈多，蓋任何事物均須依賴專業，我國專技人員之法規甚多，有師級與士級，例如立法院尚審議中的驗光師法。

	應付懲戒事由	會計師法§61 條：「會計師有下列情事之一者，應付懲戒：一、有犯罪行為受刑之宣告確定，依其罪名足認有損會計師信譽。二、逃漏或幫助、教唆他人逃漏稅捐，經稅捐稽徵機關處分有案，情節重大。三、對財務報告或營利事業所得稅相關申報之簽證發生錯誤或疏漏，情節重大。四、違反其他有關法令，受有行政處分，情節重大，足以影響會計師信譽。五、違背會計師公會章程之規定，情節重大。六、其他違反本法規定，情節重大。」
	懲戒處分	會計師法§62 條：「會計師懲戒處分如下：一、新臺幣十二萬元以上一百二十萬元以下罰鍰。二、警告。三、申誡。四、停止執行業務二個月以上二年以下。五、除名。」
建築師	兼任之限制	建築師法§25 條：「建築師不得兼任或兼營左列職業：一、依公務人員任用法任用之公務人員。二、營造業、營造業之主任技師或技師，或為營造業承攬工程之保證人。三、建築材料商。」
	懲戒之事由	建築師法§46 條：「建築師違反本法者，依下列規定懲戒之：一、違反第 11 條至第 13 條或第 54 條第 3 項規定情事之一者，應予警告或申誡。二、違反第 6 條、第 24 條或第 27 條規定情事之一者，應予申誡或停止執行業務。三、違反第 25 條之規定者，應予停止執行業務，其不遵從而繼續執業者，應予廢止開業證書。四、違反第 17 條或第 18 條規定情事之一者，應予申誡或停止執行業務或廢止開業證書。五、違反第四條或第 26 條之規定者，應予撤銷或廢止開業證書。」
	懲戒處分	建築師法§45 條：「建築師之懲戒處分如下：一、警告。二、申誡。三、停止執行業務二月以上二年以下。四、撤銷或廢止開業證書。建築師受申誡處分三次以上者，應另受停止執行業務時限之處分；受停止執行業務處分累計滿五年者，應廢止其開業證書。」
醫師	應付懲戒事由	醫師法§25 條：「醫師有下列情事之一者，由醫師公會或主管機關移付懲戒：一、業務上重大或重複發生過失行為。二、利用業務機會之犯罪行為，經判刑確定。三、非屬醫療必要之過度用藥或治療行為。四、執行業務違背醫學倫理。五、前 4 款及第 28 條之 4 各款以外之業務上不正當行為。」
	懲戒處分	醫師法§25 之 1 條：「醫師懲戒之方式如下：一、警告。二、命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修。三、限制執業範圍或停業一個月以上一年以下。四、廢止執業執照。五、廢止醫師證書。前項各款懲戒方式，其性質不相抵觸者，得合併為一懲戒處分。」

製表／作者

(二)比較分析

從上圖可以得知，我國專門職業技術人員之地位與懲戒規定有以下幾點特色：

1. 除性質特殊者外，不得兼任公務員

公務員與專門職業技術人員的社會角色與功能各不相同，故我國專門職業技術人員法規中，大都明定不得兼任公務員¹¹³，但是專業人士不能兼任「公務員」並非代表渠等人員不能履行公共事務或參與國家公權力之執行，例如證券交易法第 38 條之 1 規定：「主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊，並向主管機關提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔。」

2. 懲戒之事由含有不確定法律概念

綜觀上述四師懲戒事由之法律用語，不乏使用不確定法律概念者，例如違反○○，情節重大者，如此規範是否有侵害該專業人士之工作權，對此司法院解釋 432 號曾明確指出並不違憲。此外，具有專門職業技術人員身分之外聘委員參公共事務履行時，若違反各該專業之倫理與法律規範，雖然其用語含有不確定法概念亦構成懲戒之事由。

3. 懲戒之種類大同小異

有關專門職業技術人員之懲戒處分有警告、申誡、停止執行業務及除名¹¹⁴，但較特殊者會計師有「罰鍰」處分¹¹⁵，醫師法有命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修¹¹⁶。

4. 懲戒的機關由委員會之方式組成

我國有關專門職業技術人員之懲戒機關大別可分為二種，其中律師懲戒委員會類似職業懲戒法庭，但會計師（還有性質相近之建築師、

¹¹³ 律師法第 31 條第 1 項、會計師法第 44 條第 1 項、建築師法第 25 條第 1 項；但醫師因為我國有公立醫院及公職醫師制度，故醫師法並無醫師不得兼任公務員之規定。

¹¹⁴ 律師法第 44 條、會計師法第 62 條、醫師法第 25 條之 1。

¹¹⁵ 會計師法第 62 條第 1 款規定，會計師懲戒處分如下：新台幣 12 萬元以上 120 萬元以下罰鍰。

¹¹⁶ 醫師法第 25 條之 1 ②。

醫師)則附屬於機關之內部單位,我國司法院解釋第 295 號以及 378 號亦分別就會計師與律師懲戒委員會之地位作相關之闡釋。

第四目 學者與教師法

外聘委員之成員之中除了專家之外還有學者,在我國社會中學者頗重敬重,或許是社會階級的緣故。例如社會中普遍有「學而優則仕」而社會階層中「士、農、工、商」又以「士」為首,影響至今學者參與公共事務似乎是「不爭的事實」,一般說來,學者身分可包括在大學任教之教師以及任職於學術研究機構之人員¹¹⁷,本文之討論將學者限縮在大學任教之教師則以教師法與教育人員任用條例相關規定做為討論的重點。

我國大學有公立大學(含國立、直轄市立、縣立)與私立大學之分¹¹⁸,依通說實務之見解私立學校其教師與學校之關係為「私法關係」,而公立學校與其教師之間為「行政契約」之法律關係¹¹⁹。設若某國立大學教授參與公共工程甄審收受賄賂遭判刑(刑事處罰),此時可能因具有教師法第 14 條第 1 款、第 2 款及第 6 款¹²⁰之情形而遭停聘、解聘及其不續聘之處置¹²¹。

大學教授(學者)參與公共事務之審議、監督、爭議裁決等事務在實務上頗為常見,但因參與違反法律及倫理規範之責任,僅見之於刑事責任與教師法相關規定,並未有其他法律進一步之規定。

第三項 行政機關懲罰之機制

本節所研究的重心在於專家學者公正人士參與公共事務違反法規之公法責任建構。從上述分析,具有專門職業技術人員身分之「專家」對其課予行政責任,最快速的途徑在於回歸各該專業法規之懲戒;學者若為大學教師則有大

¹¹⁷ 我國於 98 年 6 月 10 日通過公務人員行政中立法第 17 條將公立學術研究機構研究人員亦準用公務人員行政中立法引發違憲之爭議。

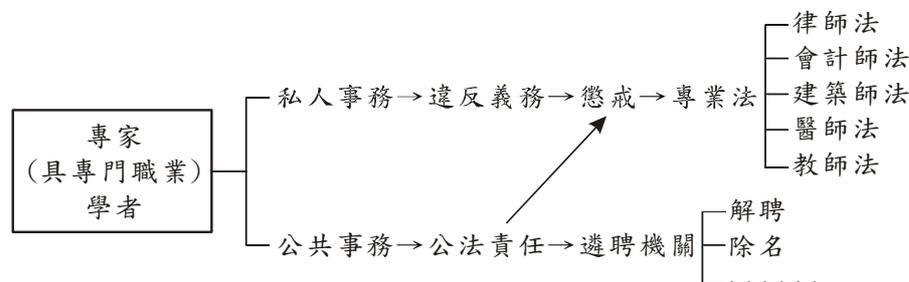
¹¹⁸ 大學法第 4 條。

¹¹⁹ 進一步論證參李惠宗,教育行政法要義,台北,元照,2004 年,頁 153~159。

¹²⁰ 教師法第 14 條第 1 項第 1 款規定:「受有期徒刑 1 年以上判決確定,未獲緩刑宣告者」;第 2 款規定:「曾服公務因貪污瀆職經判刑確定或通緝有案尚未結案」;第 6 款「行為不檢有損師道,經查證屬實。」

¹²¹ 雖然國立大學與教師之法律關係為「行政契約」但 98 年 7 月最高行政法院決議認為,公立學校依法定組織及法定程序決議將教師予以解聘、停聘、不續聘此具有行政處分之性質。

學法、教師法、教育人員任用法條例之適用。但本文所欲探究者係專家、學者、參與公共事務行政法責任（如解聘、除名），可否由遴選機關行使懲罰之機制研究，茲先以圖示如次：



製圖／作者

圖 6-1 機關行使懲罰機制圖

第一款 現狀與評述

我國現行制度中可尋繹出專家外聘委員之公法責任者，大都為行政院公共工程委員會所掌業務之政府採購與促進民間參與公共建設甄審委員會之事務，依該會所頒布之「專家學者建議名單資料庫建置及除名作業要點」及「採購委員會委員須知」¹²²，對於外聘委員之公法責任有「除名」¹²³、「移除名單」¹²⁴與「解聘」¹²⁵。

專家學者由於具有專業與社會的信賴獲邀擔任「外聘委員」理應貢獻其專業並秉持謹慎公正客觀之精神從事參與公共事務，然若因一定情事之發生，政府機關自應有防範或對之解聘或除名之機制。

但是對外聘委員的除名移除資料或解聘，顯然係對於外聘委員剝奪或影響名譽的一種處罰，從處罰法定主義的角度似乎應回歸法律或法律明文授權。

我國行政罰法第 4 條規定：「違反行政法上之義務處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定為限」依司法院大法官解釋第 313 號、394 號及第 402 號解釋意旨，對於違反行政法上義務之行為，法律得就處罰之構成要件或法律效果授權以法規命令訂之，故行政罰法之法律實亦包括就處罰之構成要件或法律

¹²² 中華民國 97 年 7 月 7 日工程企字第 097002784120 號函修正。

¹²³ 專家學者建議名單資料建置及除名作業要點第 7 點。

¹²⁴ 專家學者建議名單資料建置及除名作業要點第 9 點。

¹²⁵ 採購評選委員會須知第 5 條。

效果為具體明確授權訂定之法規命令。

但是現行實務上可見之法規範對於外聘委員之除名、解聘均見之於機關自己所訂頒之行政規則¹²⁶，此或許機關之便宜行事，蓋外聘委員由其遴聘，亦可由其除名、解聘，但此却違反處罰法定主義。舉例言之，某獲聘之外聘委員由於立場堅定、態度強硬，甚難溝通，機關於遴聘後，欲除之而後快，在現行制度下似乎並非難事，蓋其依據僅具有位階甚低的行政規則，其中又有諸多價值判斷者¹²⁷，例如採購評選委員會委員須知第 6 點第 6 款規定，機關認其有不能公正執行職務之虞者，由機關予以解聘。

本文並非反對機關可在一定條件事由發生時予以除名或解聘，但須符合對人民權利之剝奪或限制應有法律或法律明文授權始足當之。故本文建議對於外聘委員公法責任應回歸法制面之建構或可參酌德國聯邦行政程序第 86 條之規定，具有重大理由違反秩序之外聘委員以「法律方式」明定解除職務或罰鍰，而非僅以行政家產方式之「行政規則」加以規範。

第二款 本文建議

對於外聘委員參與公共事務之公法責任建構，除了上述宜回歸法律保留外，在有關處罰之類型上除了解聘除名、移除名單之外似可考慮「金錢罰」¹²⁸，因為在外聘委員違反法律或倫理規範之態樣不一，若能細緻劃分其違規型態而異其處罰，始符合行為與責任相當原則。由於外聘委員違法（規）之態樣不一，諸如違反迴避義務、洩漏秘密或執行職務有不能公正之情形，以及不同的倫理準則，似應考慮在解聘、除名之外，亦有金錢罰之訂定，並配合法定處罰主義，於法律或明確授權之法規命令中明定。

¹²⁶ 例如採購評選委員會審議規則第 14 條；採購評選委員會委員須知第 5、6 點；專家學者建議名單資料庫及除名作業要點第 7、8、9 點。

¹²⁷ 例如採購評選委員會委員須知第 6 點第 6 款規定，於「機關認其有不能公正執行職務之虞者」得由機關予以解聘。

¹²⁸ 例如德國行政程序法第 87 條有關榮譽職工作人員有下列行為，視為違反秩序：

- (1) 負有擔任榮譽職工作之義務者，不承擔此項工作時。
 - (2) 負有擔任榮譽職工作之義務者，無重要理由離去其職務時。
- 對違反秩序者，得科處罰鍰。

第四項 公法責任與其他責任之競合

關於外聘委員參與公共事務責任之研究，在我國正屬起步階段，由於刑法第 10 條第 2 項公務員定義之修正在刑事責任上逐漸有案例出現，然而或許其所參與之事務並非其原來的業務，於是在其他責任包括懲戒責任（紀律罰）與行政罰之建構在學界幾未之見。有鑑於此，本文擬以近日之司法判決，設想外聘委員（專家、學者）除了刑事責任外，可能涉及的公法責任競合之問題加以探討。

第一款 可能的案例及處理

假設某大學教授與副教授參與政府採購之評選¹²⁹，因接受廠商招待並收受賄賂，遭檢察官提起公訴並由法院依貪污治罪條例論以違背職務收受賄賂罪確定，此時「外聘委員」的刑事責任已定。但大學教授、副教授其原始身分為「教師」，此時亦構成教師法第 14 條第 1 款及第 2 款即「受有期徒刑一年以上判決確定，未獲宣告緩刑」「曾服公務因貪污瀆職，經判刑確定或通緝有案，尚未確定者」，而可以「停聘」「解聘」「不續聘」。

若大學教授之外聘委員參與府採購評選接受與評選有關之食、宿、交通、娛樂、旅遊或類似情形的免費招待，或者從事請託或關說等違反公正之行爲（未構成刑事不法），此時是否會構成教師法第 14 條第 1 項第 6 款之「行爲不檢有損師道，有關機關查證屬實者」¹³⁰，此涉及「行爲不檢，有損師道」究應如何解釋？學者認為¹³¹，「行爲不檢，有損師道」屬不確定法律概念，須透過具體個案認定，同時必須行爲不檢，有損師道同時符合始有本款之適用；有損師道之行爲必須與教師職位具有合理關聯性。

本文認為，大學教授雖然受有社會上較高的期待與信賴，其參與公共事務與教學事務並未有必然之關聯。換言之，倘若大學教授違反公正之行爲尚不能

¹²⁹ 台南地方法院矚重字第 1 號；台灣高雄地方法院 94 年矚重字第 5 號刑事判決及台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決；台灣高雄地方法院 97 年訴字 799 號判決。

¹³⁰ 於此須區分者若依教師法第 14 條第 1 項第 6 款停聘、解聘及不續聘者，依同法第 2 項之規定須經教評會委員三分之二以上出席及出席委員半數以上之決議，並依第 3 項應「報請主管教育行政機關核准後予以解聘、停聘、不聘任」。

¹³¹ 李惠宗，教育行政法要義，台北，元照，2004 年，頁 208～212。

該當於教師法第 14 條第 1 項第 6 款之「行為不檢，有損師道」，故不能以此理由予以「停聘」「解聘」「不續聘」。

雖然不能依教師法作為處理之依據，但現行制度上行政機關仍得依自行頒布之行政規則對該大學教授予以解聘其外聘委員之「職務」¹³²。然而遴聘機關對於外聘委員之「解聘」性質為何？本文認為此之「解聘」應屬遴聘機關就具體事件所為發生法效性之「行政處分」。

第二款 責任的競合

依我國現行制度，若外聘委員之行為觸犯刑法，例如因個別委員於出席評選會議或個別會議時，因利用職務之便或委員互相照會而知悉全體或部分委員名單，因疏忽未盡保密義務，或接受廠商之餽贈、招待、受賄可能有刑法第 132 條之洩密罪、刑法第 131 條圖利罪、貪污治罪條例第 6 條第 4 款之圖利以貪污治罪條例的受賄罪刑事責任等，此時遴聘機關亦可依「專家學者建議名單資料庫建置及除名作業要點」第七點予以除名；亦可依「採購評選委員會委員須知」第五點予以「解聘」。

再者，設若外聘委員之行為尚未達刑事不法，若其具有「專門職業技術人員身分」或「教師身分」除了依各該法律予以懲戒（或解聘、停職、不續聘）外，遴選機關自得依上開規定予以「除名」或「解聘」其參與公共事務擔任外聘委員之資格。

此外，外聘委員嚴重的貪瀆行為，可能同時涉及刑事處罰違反專業紀律以及對社會秩序的危害，由於處罰的目的各別、種類亦異，故可以依各該法規範之目的加以處罰。

¹³² 行政法公共工程委員會「專家學者建議名單資料庫建置及除名作業要點」第 8 點；另採購評選委員會委員須知第 5、6 點；另參民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法修正條文（新增）第 11 條。」

第五項 立法論之思考

第一款 建立公法責任之必要性

我國關於專家學者之外聘委員參與國家公共事務之相關法制，包括其地位、權利、義務與責任，似僅零星散見於各別法規，然而從外聘委員參與之密度觀之，國家（含地方政府）在執行公共事務時有許多必須仰賴渠等人員之介入，但晚近實務運作的結果仍不乏弊端叢生因而影響公共事務公正之推行¹³³。

法制之所以遲未建立或許肇因於對專家學者的尊重，蓋此等人員在社會階層中屬於受信賴期待的階級，並未料想會有違背社會期待與信賴的事情發生。晚近諸多外聘委員參與國家之政府採購評選、公共工程甄審，由於涉及利益龐大亦有不少因利用其職務關係要求廠商提供不正利益或收受賄賂、回扣等情事發生，甚至從事其他足以影響委員執行職務有損尊嚴及不能公正之情形，在刑事責任方面，應回歸刑法（或貪污治罪條例）之解釋與適用。

然而在有關行政處罰方面僅以「須知」或「要點」作倫理或道德的要求規定，面對層出不窮的問題，權宜之計，應建構出一套行政處罰之標準與類型，並藉以防止參與弊端之發生。本文基於以下幾點理由認為有建構公法責任之必要性：

第一目 應然與實然之間

在面對所有社會現狀已影響到國民信賴之時，法律「應該」挺身而出，故法律係「應然」之學，但是法律所規範的社會事實，其客觀存在的狀却是「實然」之事。

外聘委員參與公共事務存在於社會現狀之中，但由於法規範（含法律與法規命令）之闕漏，無法有效規制此情形，故當思建立行政法責任。舉例來說，接受政府遴聘之專家、學者，其可能利用其職務獲得非公開資訊或受聘為廠商之顧問或接受申請人之僱用或委任，或利用此關係媒介他人至申請人（廠商）

¹³³ 此證諸於晚近法院實務見解可知，參高雄高分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決，台南地方法院 96 年矚重訴字第 1 號；台北地方法院 97 年度矚訴字第 4 號刑事判決，而此些案件均列為社會重大矚目的案件。

處所任職、升職、調職或為其他人請託，在現代社會非不能預見之事，倘若其不法行為尚未達刑事不法。由於其行政不法可否對之課以行政罰是值得思考的方向。

第二目 面對社會變遷，不能墨守成規

我國專家學者等外聘委員參與國家公共事務之執行已然成為常態，雖然國家機關內之公務員有完整的法制規範，但外聘委員畢竟非「公務員」在論及身分時，須透過法律解釋學的方法才能確認，倘若社會變遷已影響現行法制之運用已解釋，應思考建立起相關之責任機制而不能墨守成規，以政府機關之採購為例，其須依賴大量專家學者的參與¹³⁴，但衍生違法情事亦不少若還漠視此種情形而未能積極建立相應之機制，顯然無法應付這時代的變化。

第三目 法規範不足，無法實現正義

雖然法諺有云「徒法不足以自行」，但若法規範不足更可能產生不良的弊端。由於目前對於外聘委員參與公共事務除了政府採購、公共工程之甄審外，甚少有針對該事務規範，但由於採購與公共工程甄審之規範位階過低，僅及於行政規則，無法取得其處罰之正當性與合法性，故宜提升其位階到法律或法律明確授權的法規命令為宜。

第二款 建議之立法模式

我國目前對於外聘委員參與公共事務之法律責任，除了相關刑法及特別刑法規定外¹³⁵，僅及於專門職業技術法規的「懲戒責任」¹³⁶，至於其他的公法責任，尤其是「行政罰」均有待建立，首先我國目前實務對待「外聘委員」有違反倫理或專業法規範大都以「除名」或「解聘」之方式，但是除名與解聘的法規範位階大都採取「行政規則」的模式，本文認為此種方式恐有違法律保留應

¹³⁴ 筆者於 2009 年 1 月 5 日上行政院公共工程委員會網站點選 <http://www.pcc.gov.tw> “政府採購資訊” 專家學者名單，其人數為 4010 人。

¹³⁵ 外聘委員可能涉及的刑事法律責任包括洩密罪（刑法§132 條）、圖利罪（刑法§131）、受賄罪（刑法§121）...等。

¹³⁶ 律師法第 39 條、44 條；會計師法第 61 條及 62 條；建築師法第 45 條及 46 條；醫師法第 25 條及 25 條之 1。

予改進¹³⁷。至於對公法責任之法制化，本文認為可以朝下列二方向思考：

第一目 於委員會組織及評審辦法中增訂

我國目前有關外聘委員之遴聘大都有於法律中明定，至於委員會之組織及成員之運作則有賴於母法授權給法規命令訂定，是故欲規範專家、學者、公正人士參與公共事務之行政責任，最簡潔之方式莫過於透過母法之授權，並以授權明確之方式在委員會的組織及評選規範中訂定。試以專家學者參與公共工程甄審委員會為例說明如次：

首先依促進民間參與公共建設法第 44 條規定第 3 項授權訂定「民間參與公共建設甄審委員會組織及評選辦法」，此辦法之法規範位階為「法規命令」。就有關外聘委員參與行為規範與違反之公法責任（行政罰責任）即可在該授權辦法中，此即可符合法律保留。晚近主管機關已意識到此問題，而將外聘委員行為規範及違反之處置，以「行政規則」將之「解聘」「除名」之規定，轉而以「法規命令」訂定。依民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法修正草案中即有此規定，依該修正條文第 11 條之規定：「甄審會委員有第 9 條¹³⁸或前條¹³⁹情形者，應主動向主辦機關辭職，未主動辭職者，主辦機關應予以解聘。」

第二目 增加公法責任之類型

我國現行對於外聘委員之參與若違反行為規範或專業倫理可見之懲罰係「除名」「暫時除名」及「解聘」，由於專家學者具社會之期待與信賴的特質，其參與公共事務違反行為規範對之課予之責任除上述類型外尚可考慮「罰款」

¹³⁷ 晚近，主管機關有意識到此問題，而將原本規定於「行政規則」之部分提升至「法規命令」；參民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 11 條。

¹³⁸ 第九條：「甄審會委員有下列情形之一，應即迴避：1. 就申請案件涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益者。2. 本人或其配偶與申請案件之申請人或其負責人間現有或三年內曾有僱傭、委任或代理關係者。3. 有其他具體事證，足認其有不能公正執行職務之虞者。」

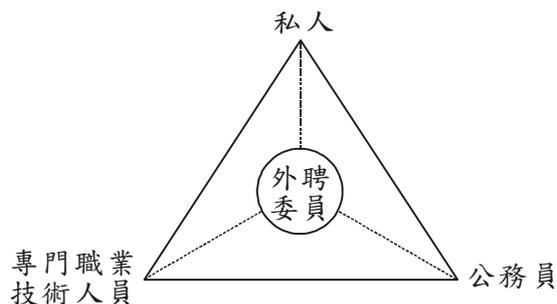
¹³⁹ 第十條：「甄審會委員應依法令規定公正辦理甄審事宜，且不得有下列行為：1. 利用甄審關係要求期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益。2. 接受與甄審有關之食、宿、交通、娛樂、旅遊、洽遊或其他類似情形之免費或優惠招待。但主辦機關安排之必要食宿、交通，不在此限。3. 洩漏應保守秘密之甄審資訊。4. 利用甄審關係營私舞弊。5. 利用甄審所獲非公開資訊圖私人不正利益。6. 於擔任甄審會委員期間，同時為申請人所僱用或委任。7. 利用甄審關係媒介他人至申請人處所任職、升職、調職或為其他人事請託。8. 利用甄審關係與申請人有借貸或非經公開交易之投資關係。9. 利用甄審關係從事或接受請託或關說。10. 從事其他足以影響甄審會委員尊嚴或使一般人認其有不能公正執行甄審事務或活動。」

亦即金錢罰作為處罰的種類¹⁴⁰。

其次，能獲遴聘為委員參與國家公共事務係一種「榮譽」理應善盡責任，但若行為稍有不當，亦未必即施以嚴重之處罰，我國行政罰法第 2 條第 4 款之警告性處分，包括警告、告誡、記點、記次公布名單等類似之處分亦可加以考慮。總之在現行除名與解聘之外，尚有增加其處罰的類型，唯依處罰法定主義原則，對於違反行政法上義務之行為應有法律明文規定（參行政罰法第 4 條），而此之法律解釋上應包括法律就處罰之構成要件或法律效果為具體明確授權之法規命令¹⁴¹。

第三目 建立外聘委員獨立之責任體系

就長遠的角度觀之，我國外聘委員參與公共事務，由於其在法律體系本身之定位未明，究竟應如何定位，在介於私人、專門職業技術人員以及公務員之法概念游移著。



製圖／作者

圖 6-2 外聘委員定位圖

而在法適用及解釋上常因概念與地位之無法釐清，例如外聘委員之意義是否包含在公務員概念之中？法學家霍姆斯（Holmes, Oliver Wendell 1841-1935）¹⁴²曾說¹⁴³，最困難的事是如何為語詞的意義劃上界限。法律用語往往有外延的周緣意義，在法的統制活動中，法的解釋非僅決定當事人的利害得失而，亦與整個社會的利益，公共福祉有密切的關係，故如何解釋，如何釐清周緣意義的

¹⁴⁰ 類似之修正如，如我國修正中之「公務員懲戒法」在現行之撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡之六種懲戒之外尚增加「罰款」，可作為制定之參考。

¹⁴¹ 司法院大法官解釋第 313 號、394 號及 402 號...等。

¹⁴² Holmes 說過一句名言即「法律之生命在於經驗而非邏輯」。

¹⁴³ 楊日然，法理學，台北，三民，2005 年 10 月初版，頁 100~101。

界限，往往成爲重大的爭議¹⁴⁴。

以專家學者參與公共事務定位爲機關之外聘委員爲例，在刑事責任上實務有「公務員與非公務員」之爭，在懲戒責任端視其爲專技人員或大學教授，至於行政責任上不分一律以解聘除名，於此應該正視的是外聘委員參與公共事務之活動攸關社會利益與公共福祉，應認真思考建構外聘委員參與的法制並透過民主討論機制，形成外聘委員的責任法制。

第四節 國家賠償責任

現代社會由於社會多元化的變遷，國家任務之達成須仰賴專家、學者、公正人士貢獻其所學，而此等外聘委員參與公共事務之執行，由於其特殊之身分與法令所賦予之權限，在參與的同時較一般人擁有更多的權力，例如資訊獲取權、調查權、建議權等。此時，因其獲得資訊故意洩漏給競爭對手，而造成第三人權利之侵害，此並非不可想像。另外，外聘委員大都隸屬於行政機關的委員會之中，而委員會在行使職權時大都採「外數決」與「集體方式」行之，委員若因故意或過失造成人民的損害，國家應否負起責任？在責任的分配上亦頗感困擾，國家可否對之求償，實務上有無相關之案例發生？亦值得探討。

外聘委員「以專家、學者、社會公正人士」等身分參與公共事務，在執行職務若對人民造成損害有無國家賠償法之適用？依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。」依現行法制須符合以下之各要件即(一)外聘委員是爲國家賠償法之「公務員」。(二)外聘委員參與公共事務是「執行職務，行使公權力」。(三)外聘委員之行爲須屬不法。(四)外聘委員於執行職務時須有故意或過失。(五)不法之行爲與損害發生須有相當因果關係。(六)須人民之自由或權利受到侵害。

此外，國家賠償法第 2 條第 2 項後段規定：「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」外聘委員是否會因爲「怠於執行職務」而引

¹⁴⁴ 楊日然，前註，頁 101。誠哉所言，此句話套在下節所討論外聘委員是否爲刑法概念之公務員的會有很大的爭議。

發國家賠償責任？亦值探討。由於我國外聘委員之類型有諮詢、審議、計劃、甄審、鑑定、監督管理調查等類型不一而足。在執行職務雖有個別行使職權的情形，但大都以「多數決」與「集體行使」的方式為之，是故在論及責任時涉及諸多的層面，本節次將以外聘委員的國家賠償責任作為研究主軸，同時並整理我國相關實務案例作為考察的對象。

第一項 外聘委員參與公共事務可否成立國家賠償責任

我國國家賠償法第 2 條第 2 項及第 3 項規定之行為主體須為「公務員」，基此，要成立國家賠償責任係以「公務員」之違法有責行為為前提，同時國家在向被害人賠償之後，對於造成損害有故意或重大過失之「公務員」有求償權。依同條第 1 項「本法（國家賠償法）所稱之公務員謂依法令從事公務之人員」是故外聘委員成立國家賠償責任的前提是「外聘委員為國家賠償法之公務員」。其次，才探討國家賠償法的其他要件。由於外聘委員非傳統依法考銓之公務員，而且因類型不一，其參與之公共事務之類型不一，必須與「行使公權力」¹⁴⁵之要件合併觀察時。同時，由於公務員造成的國家賠償類型要件並不相同分為「執行職務」與「怠於執行職務」以下將分目逐次說明於后。

第一款 執行職務之國家賠償責任探討

國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定：「公務員執行職務行使公權力，因故意或過失不法侵害人民之自由或權利，國家應負賠償責任。」是為公務員執行職務之國家賠償責任。外聘委員參與公共事務能否成立，須俟國家賠償責任要件之成立與否茲逐次檢討並說明於后¹⁴⁶：

¹⁴⁵ 廖義男教授指出，配合國家賠償法第 2 條第 2 項之規定，須為行使國家公權力之職務，故國家賠償法所稱之公務員，係指其職務地位得以行使國家公權力之人員，參氏著國家賠償法，1995 年 5 月 4 刷，頁 25。

¹⁴⁶ 國內外有關國家賠償要件在討論上有豐富的文獻資料，以下本文僅以「外聘委員」為討論之重心，其他相關日本文獻請參閱塩野宏，行政法Ⅱ〔第 4 版〕，行政救濟法，2008 年 6 月，有斐閣，頁 269 以下；佐藤英善 編，逐條國家賠償法〔實務判例〕，平成 20 年 3 月，三協法規，頁 16 以下；南博方，行政法〔第 6 版〕，2009 年 9 月，有斐閣，頁 215；國內文獻請參董保城，國家責任法，台北，神州，2004 年，頁 61 以下；葉百修，國家賠償法之理論與實務，頁 93 以下，2008 年 5 月，台北元照；廖義男，國家賠償法，1995 年初版四刷，作者

第一目 外聘委員是否為國家賠償法之公務員

一、國家賠償法公務員之範圍

公務員之概念有不同見解，國家賠償法採最廣義之概念，該法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱公務員者，謂依法令從事公務之人員」，並觀第 2 條第 2 項：「公務員執行職務行使公權力……」故須從事之公務為「行使國家權力之職務」，若從事私法職務者，無國家賠償之適用，其權力之來源是基於任用、聘僱、派用或選舉，薪資是俸給或勞務報酬，是編制內或編制外之人員，已正式任用或試用，是專職人員抑或兼職人員，均非所問¹⁴⁷，依此理解國家賠償法上身分認定係強調「務」而非「職」。

二、專家學者在國家賠償法上之法律地位？

在日本，有關國家賠償法公務員之認定並非採身分上之認定方式，而是以是否被委諸以「公權力之行使」例如律師懲戒委員會的委員，雖然不是「國家公務員法」¹⁴⁸之公務員，但由於被賦予行使對律師之懲戒權故屬於日本國家賠償法之公務員¹⁴⁹。

我國機關外聘委員之「遴聘」方式，並非傳統公務員之任用、派用、聘用或選舉，其報酬亦非公務員之「俸級」或「勞務報酬」而係微薄的「出席費」或「車馬費」亦非機關編制內之人員。但國家賠償法關於公務員身分之認定係著重在「公務」之執行¹⁵⁰，故機關外聘委員所從事之公共事務，若定性為「公權力之行使」即可將之評價為「國家賠償法之公務員」問題是，專家學者之參與究係公權力行使或單純專業義務之履行？舉例來說，有關「政府採購」本質上為私經濟行政，但是在發包階段遴聘之「機關外聘委員」其所從事之招標、

自印，頁 24 以下；黃啓禎，國家賠償法，收於李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，台北，元照，頁 649 以下。

¹⁴⁷ 廖義男，國家賠償法，1995 年增訂版，4 刷，頁 25；葉百修，國家賠償法，收於翁岳生主編行政法（下），2006 年 10 月，3 版 1 刷，頁 576；董保城，國家責任法，神州出版社，2002 年，頁 65。

¹⁴⁸ 在日本有國家與地方公務員法之分，參宇賀克也，行政法概說 II－行政救濟法〔第 2 版〕，有斐閣，2009 年 4 月，頁 386～387。

¹⁴⁹ 塩野宏，〔行政法 II〕行政救濟法，有斐閣，2008 年，頁 274。

¹⁵⁰ 將國家賠償法第 2 條第 1 項及第 2 項合併觀察可得知此結果，另外日本實務見解亦認為，公務員之概念不應限定公務員法上的公務員，而亦應包含能夠作為代替國家或公共團體行使公權力之人，參平成 11 年 3 月 16 日東京地方法院判決《判例時報》第 1702 號，頁 113。

審標及決標行為均係「執行公權力」之行為¹⁵¹，故此時機關外聘委員在從事上述行為時（如審標、決標）應屬國家賠償法之「公務員」¹⁵²。但是如果專家學者若是以其專業本於契約義務，從事其業務此時則不宜將之定位為「公權力行使」。

三、本文之見解

有關外聘委員參與公共任務之履行可否評價為國家賠償法第 2 條之「公務員」？從上述之論證可知應與是否行使公權力有關，雖然外聘委員從「執行職務之獨立性」、「參與之性質」（如長期聘任或個案）或「功能任務」均可做為分類之標準，但此恐會造成更大的紛歧與困擾，故本文回歸國家賠償法上構成要件之判斷，亦即以其所參與之事務是否涉公權力行使為標準。換言之，跳脫外聘委員是否「依法令從事公務之人員」之思維，而改以從其參與之公共事務加以判斷，即是否涉及公權力之行使為標準。

第二目 外聘委員參與公共事務是否「執行職務行使公權力」

一、執行職務

執行職務這個概念在國家賠償法第 2 條第 2 項前段之「公務員執行職務行使公權力」以及後段之「怠於執行職務」本處先論述執行職務之概念。

執行職務在文獻上會涉及二個問題，即定義及如何判斷，執行職務係指公務員之行為乃在行使其職務上之權力或履行其職務上之義務，而與所掌理之公務有關，學說又分廣狹二義¹⁵³。狹義說認為，行為是否在執行職務，不以行為與職務間在外觀上、時間上或處所上關連為已足¹⁵⁴，尚須行為與目的有直接密切關聯為必要；廣義說認為，除上述之狹義說外，尚及因執行職務而產生之履行職務之機會時間或處所有關聯之行為。在德國，理論上對國家賠償傾向狹義說，但判例有從寬之趨勢此乃以便人民可獲賠償機關機會。至於如何判斷是否

¹⁵¹ 最高行政法院 93 年度裁字第 625 號。

¹⁵² 若招標機關於審議（發包）階段有違法情事（採購行為違反法令），致投標廠商受有損失依政府採購法第 85 條第 3 項之規定，廠商得向招標機關請求償付其準備投標，異議、申訴所支出之必要費用。

¹⁵³ 廖義男，國家賠償法，1995 年 5 月 4 刷，作者自版，頁 30；吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），2007 年年 9 月，作者自版，頁 762～763。

¹⁵⁴ 宇賀克也，行政法概說 II－行政救濟法〔第 2 版〕，有斐閣，2009 年 4 月，頁 388。

在執行職務亦有主客觀（形式與實質）之爭，但公務員是否執行職務，應從外觀上加以觀察而不以公務員主觀意願為主。再者，執行職務在實務判斷上有時會與「行使公權力」合一判斷，亦即當公務員行使其法定職務上之權利時即可能涵攝成行使公權力，是故執行職務之個別分析，反不若行使公權力之判斷來的多樣化。

二、行使公權力

有關公權力之概念¹⁵⁵，本文前曾數度提及，在國家賠償之實務上，法院審判實務經常被提到的一號判決，即最高法院 80 年台上 525 號判決對公權力概念之說明兼括了給付行政，略謂：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行爲而言，並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行爲，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行爲¹⁵⁶」。因此從實務的角度它包括了高權行政與給付行政。

三、本文之看法

外聘委員參與公共事務是否爲執行職務行使公權力並非不能想像，例如爭議裁決委員會之委員¹⁵⁷，收受當事人一方之賄賂，做出偏頗決定造成另一當事人之損害。此外，有關甄審評選委員會基於違法之決定造成投標廠商或申請者之損害¹⁵⁸。由於該等委員所參與之「公共事務」均含有公權力行使之概念。但外聘委員之中，若僅係作爲政府請益對象，並提供專業及學識作爲決策參考或個案處理意見之「諮詢委員」¹⁵⁹以及具有特別專業知識與經驗對事實作出客觀公正認定並供機關決定參考之「評鑑或鑑定委員」。因以其「專業」與「社會之信賴」提供行政機關參考應非係公權力之行使。至於參與採購評選、重大公共工程之甄審以及爭議裁決審議則屬「公權力行使」。

¹⁵⁵ 日本公權力行使的學說參室井力、芝池義一、澳川清編著，行政事件訴訟法、國家賠償法，日本評論社，2003 年，頁 400~401。

¹⁵⁶ 最高法院 80 年台上字 525 號。

¹⁵⁷ 爭議裁決委員會委員例如訴願委員、調解委員、申訴委員。

¹⁵⁸ 例如促進民間參與公共建設申請及審核程序，若經行政法院以撤銷判決或確認判決，確認原處分機關之甄審行爲違法（由機關內設立之甄審委員會決定），依促進民間參與公共建設法第 47 條，自得準用政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求原處分機關償付其準備甄審、異議及申訴所支出之必要費用。參最高行政法院 97 年判字 976 號判決（2008.11.6）。

¹⁵⁹ 事實上此類型之外聘委員亦很難想像可以成立國家賠償。

第三目 外聘委員之行為須屬「不法」

一、國家賠償法「不法」與行政爭訟之「違法」

國家賠償法第 2 條第 2 項係明定以公權力之行使必屬「不法」，為國家賠償之構成要件。然行政爭訟之要件為「違法」，因而發生不法與違法之意義是否相同之爭議¹⁶⁰。茲說明如次：

(一)概念相同說

此說從國家賠償法之法律性質係從私法的角度立論，認為不法與違法之意義相同，均屬侵害權利之一種表徵，換言之，凡無阻卻不法之事由而侵害他人權利者，該侵權行為即可認為不法或違法。

(二)概念不同說

國家賠償法之法律性質係屬公法之學者則認為，不法係民法之用語，而違法則係公法之用語，二者意義不同。民法上所稱之不法係從阻卻不法立論，凡無阻卻不法之事由，而侵害他人權利者，即屬不法，將不法之意義認係權利侵害之表徵。而公法上所稱之違法，並非從阻卻違法立論，因在公法上，國家立於優越之地位，行使公權力使人民權利受有損害，間或有法律之依據（如公用徵收），不得如同民法一般，擅將行使公權力侵害人民權利之行為，即認為違法，仍應視其究否違反法規範而定，如未違反法規範者，即係適法。

不法與違法之概念是否相同，事涉國家賠償法之法律性質為何之爭議。惟以國家賠償主要係針對公務人員行使公權力之行為，而公權力係一種執行國家意思、確保國家公益，其內涵係泛指一切公法行為而言，基於憲法揭櫫政權與治權分開行使之原理，公權力祇有國家等行政主體始享有之。從而依新主體說之見解，國家賠償法之法律性質應係公法。則不法與違法之意義，自以不同概念說為可採¹⁶¹。唯另有反對見解認為，公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第 2 條第 2 項前段定有明文。

¹⁶⁰ 有關行政救濟之違法概念，請參神橋一彥，行政救濟法における違法性，收錄於磯部力、小早川光郎、芝池義一編，行政法の新構想Ⅲ，有斐閣，2008 年 12 月初版，頁 237、239～241。

¹⁶¹ 葉百修，國家賠償法，載於翁岳生主編，行政法（下），台北，元照，2006 年，頁 591。

「國家機關依國家賠償法負賠償責任，係以其所屬公務員行使公權力之行為，具違法性為前提要件¹⁶²。所謂「不法」係指「違法」而言。依行政訴訟法第 4 條第 2 項規定：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」，於裁量處分亦有適用¹⁶³。國家賠償法上公法行為之「不法」與「違法」同義，至於國家賠償法上之違法與行政訴訟法上之違法範圍是否相同¹⁶⁴，係屬另一個問題，本文贊同後說之見解。

二、實務判決之考察

過去，由於行政訴訟制度不發達，有關行政處分造成人民權利受損，人民得請求損害賠償之範圍與國家賠償並不相同，晚近由於行政訴訟法第 7 條增訂「合併訴訟」亦得於行政訴訟中請求損害賠償。

在台灣的實務裁判中，「新聞局撤銷東森 S 台」的國家賠償訴訟案中¹⁶⁵，由於新聞局（衛星廣播電視審查委員會）「違法」的行政處分（亦即不予換照導致東森 S 台停播）造成東森電視股份有限公司之損失，因而向行政院新聞局（後由國家通訊傳播委員會承接業務）請求國家賠償，在國家賠償要件的檢驗中，法院認為，系爭不予換照之裁量處分具不法性之理由（包括處分以不相干之理由裁量），處分之理由係根據違反法律保留之衛星廣播電視法施行細則第 4 條，裁量「違法」並指出：「雖被告（行政院新聞局）以最高法院 92 年台上字第 556 號判決認「行政處分縱令不當，為此處分或執行此處分之公務員未必構成職務上之侵權行為。即便行政處分經行政法院撤銷，亦不能據此認定作成行政處分之公務員有過失」，但行政處分遭撤銷之原因，除該行政處分不當外，尚包括行政處分違法。就裁量處分而言，如行政處分有所不當，因該裁量仍在行政機關裁量權行使之範圍，固難謂公務員有何故意或過失可言。但如該裁量尚無法律依據，違反法律保留原則等，即難謂公務員執行職務無故意或過失，該判決未論及裁量違法之情形，自不能一概而論。從而，行政院之訴願決定亦認為新聞

¹⁶² 最高行政法院 95 年台上字第 1864 號判決、96 年度台上字第 1595 號、94 年度台上字第 1350 號判決。

¹⁶³ 最高行政法院 92 年度判字第 1511 判決、96 年度台上字第 1595 號、94 年度台上字第 1350 號判決；台灣高等法院 98 年度重上國字第 5 號。

¹⁶⁴ 林錫堯，建構完整國家賠償體系，收於 2007 年行政法學會論文集，台北，元照，2007 年 7 月，頁 60；黃俊杰，行政法，台北，三民，2005 年，頁 681~682。

¹⁶⁵ 台北地方法院 96 年度重國字第 33 號民事判決。

局不同意原告東森新聞 S 台換照之處分欠缺法律依據，自屬違法裁量之範疇，自具不法性。依此，實務上之觀點似採取「違法」與「不法」之概念同義。

第四目 外聘委員執行職務須有故意或過失

「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」國家賠償法第 2 條第 2、3 項定有明文。又依國家賠償法施行細則第 41 條第 1 項之規定，本法第 2 條第 3 項之故意或重大過失，賠償義務機關應審慎認定之。所謂「故意」，係指行為人對於構成侵權行為事實，明知並有意使其發生，或預見其發生，而其發生並不違反其本意者（刑法第 13 條參照）；所謂「重大過失」，即顯然欠缺一般人之應有之注意者而言。亦即稍加注意，即可避免發生結果，而竟怠於注意之謂¹⁶⁶。

於此要進一步討論的是，外聘委員的注意義務究係應屬何種層次？本文認為，外聘委員大都來自於專家、學者、社會公正人士，其「注意義務」來自於社會的高度期待、信賴與尊重，因此注意義務應提昇到更高的層次。從我國法言應係「抽象輕過失」。換言之，應盡到「善良管理人之注意義務」，亦即社會一般誠實、勤勉而具有相當經驗之人所具備的注意義務，一有違反即可能具備「過失」。因此，若外聘委員參與公共事務從事審議、爭議裁決監督管理等公共事務違反善良管理人之注意義務即可評價為「過失」。

第五目 外聘委員之行為與結果之間須有因果關係

國家賠償責任之成立與否，因果關係之認定扮演著最為重要之關鍵，其涉及事實之認定及舉證責任。傳統教科對因果關係之描述不外乎：「所謂相當因果關係乃指通常情形有此行爲，一般即生此種損害而言；無此行爲，即不生損害或縱然有此行爲，通常亦不發生此種損害，即無相當因果關係¹⁶⁷。」

外聘委員參與公共事務之行為，除特殊情形外，大都以「多數決」並採「集

¹⁶⁶ 最高法院 62 年台上字第 1326 號判例參照。

¹⁶⁷ 有關因果關係討論之文獻，參陳聰富，因果關係與損害賠償，台北，元照，2004 年，頁 167 以下；董保城，國家責任，台北，神州，2004 年，頁 134~137；葉百修，國家賠償法之理論與實務，台北，元照，2008 年 5 月，頁 188~189。

體方式」行之。同時由於情形不一，大多數委員會之決定係以「機關名義行之」，有關因果關係之認定係以全體論。

第二款 怠於執行職務之國家賠償責任

第一目 怠於執行職務

對於怠於執行職務之認定標準，傳統以來均以最高法院 72 年台上 704 號判例為據，然而台灣社會經歷了幾次重大意外，實務上也有出現反省之聲音¹⁶⁸，對公務員不作為之國賠責任，長久以來受到最高法院 72 年台上 702 號判例之影響，致成立國家賠償之機會幾未之見，幸而司法院解釋第 469 號採取「保護規範理論」而打破了此魔咒；雖然保護規範理論仍受學者批判¹⁶⁹，但大體而言，突破過去「難以成立不作為國賠責任之情況」就此點而言，是值得肯定。

國家之任務在於保護人民之權利，從國家之保護義務觀之，可透過不同之型態來落實，以權力分立之角度，立法、行政、司法各司所職。以立法保護來說，如何判斷法律規範之目的係為保護人民之法益，司法院解釋 469 號理由書建構出判斷法律規範目的之標準認為，一般說來：「法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，首先，法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而得特定之人，授予向行政主體或國家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；其次，法律雖係為公共利益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、所欲產生之規範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，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟¹⁷⁰。」

對於上述判斷標準，是否使得公務員不作為之國賠責任傾向於客觀化，對此學者之間非無爭論，有學者認為，從此段文字中，明顯可見係採客觀主義及整體關聯性之體系解釋方法，此保護規範理論，亦即國家賠償責任中是否有可歸責事由，釋字四六九號作成後，從法律之整體結構可以得知具有保障人民權

¹⁶⁸ 吳庚，前揭書（註 153），頁 765～762；李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任—台中地方法院 86 年度重國字第 3 號判決（威爾康事件）與釋字 469 號，台灣本土法學雜誌，11 期，2000 年 6 月，頁 55～59。

¹⁶⁹ 相關之批判，參董保城，國家責任法，台北，神州，2002 年，頁 125～127。

¹⁷⁰ 司法院解釋 469 號理由書第二段。

益的效果，公務員即有可歸責性，若有違反即可推定為過失，不再個別探討是否具有可歸責事由¹⁷¹。

第二目 外聘委員成立此類型的國賠可能性探討

現代社會危險或損害的發生常出忽意料之外，外聘委員在職務上如對第三人負有作為義務而竟不作為或遲於作為，此即怠於執行職務¹⁷²，但其要件有諸多可探究之處，茲逐次說明於后¹⁷³：

一、外聘委員之「法定職務」依據？

須進一步探究的是，外聘委員是否有法定職務？因為怠於執行職務之前提在於其有作為義務，而此之作為義務須來自於「法定」義務¹⁷⁴，徵諸我國現行外聘委員參與公共事務之相關法制，除了組織規程外，在審議型委員會大都有「審議或評審辦法」。以公共工程為例¹⁷⁵，促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項即有授權訂定：「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」，在該辦法第 3 條即規定：「甄審會之任務¹⁷⁶如下：一、訂定或審定申請案件之甄審項目、甄審標準及評定方式。二、申請案件之綜合評審。三、依本法第 29 條第 1 項規定應由甄審會辦理之事項。四、協助主辦機關解釋與甄審項目、甄審標準及評定結果有關之事項。」此即甄審委員的法定職務；另外公民投票審議委員會委員依據公民投票法第 34 條規定¹⁷⁷亦負有特定之職掌此即其「法定職務」¹⁷⁸。

¹⁷¹ 吳庚，前揭書，頁 767；另有學者對規範保護理論提出批判而認為「怠於執行職務」，應建立在重大法益與損害發生預見可能性二個要件之上，參董保城，國家責任法，台北，神州，2002 年，頁 125～127。

¹⁷² 葉百修，國家賠償法之理論與實務，台北，元照，2008 年，頁 153。

¹⁷³ 以下僅討論怠於執行職務，其他與積極行為國賠造成侵害的其他要件，與前同者，暫不討論。

¹⁷⁴ 葉百修教授認為，國家賠償之公務員之作為義務有(一)依法規規定內容及依其解釋得導出作為義務；(二)依機關內部規則為實務及學說所肯定，但是否可以依公序良俗或法理而導出作為義務則有不同見解，參氏著，前揭書，台北，元照，2008 年，頁 153～155。

¹⁷⁵ 除此之外，我國其他類型之委員會之法定職務有依法規命令者，如訴願委員會委員；但諮詢委員大都以行政規則訂之

¹⁷⁶ 我國法制上不管是組織法或業務法規，在用語上並不相同，最常見的有「任務」「職權」「權限」「職掌」「主管事項」「辦理事項」等。

¹⁷⁷ 公民投票法第 34 條：「行政院應設全國性公民投票審議委員會，審議下列事項：一、全國性公民投票事項之認定。二、第 33 條公民投票提案是否為同一事項之認定。」

¹⁷⁸ 我國外聘委員參與之公共事務隸屬之委員會幾乎都有任務或職掌之規定，參行政院環保署環境影響評估委員會組織規程第 2 條；中小企業政策審議委員會組織規程第 2 條；水污染防治費率委員會設置辦法第 2 條；各級都市計畫委員會組織規程第 2 條等。

二、外聘委員須不作爲或遲緩作爲

外聘委員之作爲義務來自於法律、法規命令或行政規則，但若外聘委員不作爲或遲不作爲造成人民損害，此時首應確定者係該法定義務在保護個人私益，若僅係維護公益，不能因外聘委員之不作爲或遲緩作爲即主張怠於執行職務之國家賠償。

舉例來說，對於高度污染的開發行爲，須經各級政府之環境影響評估委員會之審議評估，設若該委員會之委員昧於專業或疏忽數據致開發行爲通過，爾後造成的損害，事後證明¹⁷⁹係外聘委員在評估時未進一步要求開發單位盡到相關作爲；又如疫苗安全之審查評估，外聘委員未能注意相關風險¹⁸⁰，致事後量產造成大量死傷。

第四目 小結

在目前法解釋下，專家學者社會公正人士等外聘委員參與公共事務造成人民自由或權利之侵害，在國家賠償相關文獻幾未之見。然如本文前所述及，社會之變遷與多元化專家參與公共事務之現象愈來愈多，而針對責任之歸屬討論也愈來愈細緻化。本文認爲，外聘委員所參與之公共事務若具有「公權力」之性質，其當可評價爲國家賠償法之「公務員」（參該法第 2 條第 1 項），而非同法第 4 條之「受託行使公權力之私人或團體」，若符合國家賠償之其他要件亦有該法之適用。

第二項 本土案例之考察與評述

我國國家賠償法所規定之賠償義務機關包括中央與地方行政機關，從國家賠償法學理與法制觀之，公務員造成國家賠償責任由國家代位賠償後可向公務員求償¹⁸¹。

如本章第二節外聘委員與所參與委員會之關係所論述，我國諸多行政行爲

¹⁷⁹ 此處僅係假設性議題並不討論因果關係。

¹⁸⁰ 至於國家賠償責任應否提升至「風險管理」層次？有學者認爲國家對於發展中之發展（如基地台對人體之危害，基因食品等）沒有理由予以漠視，若風險累積而產生危險國家疏於監督，亦應有國家賠償之問題。

¹⁸¹ 國家賠償法第 2 條第 3 項規定：「前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」

的決定來自於引進專家學者等外聘委員與公務員合組的委員會，其所作成的決定，亦可評價為行政處分。例如公共工程甄審委員會所為決定之公告，使得最優申請人得與主辦機關簽約¹⁸²，但由於機關內部組成的委員會作成違法的決定造成人民的損害，此時即有國家賠償的可能。由於機關內部設立的委員會係大都屬於機關的「內部單位」，故對外名義上均以「行政機關」為之，於是在請求損害賠償時，被害人（受害人）均以機關為被告。但深究之，機關的決定或損害的造成有不少來自於「專家學者社會公正人士」組成的委員會，因其故意或過失造成人民權利的侵害。有鑑於此，本文擬以本研究主題有關之專家學者、社會公正人士等外聘委員參與的委員會所作成之決定引發國家賠償與損害賠償的案例作為考察之重點，並提出本文之評述。

第一款 東森電視 S 台不予換照案

第一目 案例事實

依台灣台北地方法院 96 年度重國字第 33 號及台灣高等法院 98 年度重上國字第 5 號民事判決所述之事實認定¹⁸³：

一、東森電視股份有限公司主張

(一)東森電視股份有限公司（以下東森公司）係衛星有線電視頻道「東森新聞 S 台」之經營者，因行政院新聞局於 94 年 1 月 19 日以 A 函，通知東森公司限期申請換發衛星廣播電視事業執照，東森公司依限於 94 年 3 月 4 日依衛星廣播電視法第 6 條第 2 項規定，向新聞局提出換發頻道執照之申請，並於同年月 11 日補齊申請文件，而依衛星廣播電視法施行細則第 15 條規定，新聞局原應於 94 年 6 月 10 日前作成准駁之決定。惟新聞局遲至同年 6 月 7 日期限將屆前，另以 B 函檢送審查委員彙整意見表，要求包含東森公司在內之多家衛星廣播電視事業於同年 6 月 15 日前就表列審查意見逐一提出說明或改善計畫；復於同年 7 月 5 日再以 C 函，通知東森公司遴派代表至新聞局進行面談，前後兩次通知均非因東森公司

¹⁸² 台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決，最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

¹⁸³ 本案例事實由作者整理自台灣台北地方法院 96 年度重國字第 33 號及台灣高等法院 98 年度重上國字第 5 號民事判決，由於本判決涉及國家賠償各要件之分析，本文將著重於與「委員會成員」有關的爭點加以研究，核先說明。

申請文件不備要求補件，亦從未表明東森公司有何條件不符將駁回換照申請之情。詎料，新聞局竟於東森公司衛星廣播電視事業執照即將到期前二日之 94 年 7 月 31 日深夜，始突然透過媒體發布審查結果，否准東森公司換照之申請，並於同年 8 月 2 日以 D 行政處分書（下稱系爭處分書）送達東森公司，理由略以「新聞報導來源多出自東森新聞台頻道，與營運計畫之規劃不符」及「違規情節嚴重者居多」，是「東森新聞 S 台」因此停播。

(二)東森公司於收受否准換照申請之系爭處分書後，即向新聞局之上級機關行政院提出訴願，經行政院訴願審議委員會 95 年 2 月 17 日訴願決定撤銷原處分（下稱系爭訴願決定書），發回新聞局另為適法之處分，嗣並由承受新聞局有關衛星廣播電視法業務之國家通訊傳播委員會（以下簡稱 N.C.C）即被告於 95 年 4 月 17 日 E 函准予換照。

(三)然總計東森公司自 94 年 8 月 3 日零時「東森新聞 S 台」停播起至 95 年 7 月 19 日復播為止，已因新聞局原不適法之停播處分致東森公司須另行租用其他衛星頻道以避免遣散員工、對廣告業主違約，廣告收入亦因此減少，受有雙重之損害；又依國家通訊傳播委員會組織法第 2 條規定，有關衛星廣播電視法業務，既已由新聞局移至被告（N.C.C）負責辦理，東森公司乃於 96 年 4 月 9 日向被告（N.C.C）請求國家賠償，惟被告（N.C.C）於 96 年 9 月 7 日以 F 函拒絕賠償，東森公司爰依法起訴請求被告負國家賠償責任。

二、行政院新聞局（被告）¹⁸⁴之主張

本案關於衛星廣播電視之換照案，新聞局認為不違法其理由如次：

(一)不予換照處分係審查委員會依法定程序之決定：

衛星廣播電視事業執照換照之申請，係由新聞局依行政院新聞局組織條例第 19 條及行政院新聞局衛星廣播電視事業審查委員會設置要點等規定，所設之審查委員會進行審查。而其換照申請審查程序，分為初審、複審及決審三階段，其中初審階段，係由審查委員會全體委員分別

¹⁸⁴ 原屬於行政院新聞局掌理之衛星廣播電視相關業務，自國家通訊傳播委員會組織成立後即已移播。

審閱各申請案之營運計畫並提書面意見，再進行初審討論；如初審決議認有補正必要，通知申請者限期補正，逾期不補正者，駁回其申請；複審則係處理初審會議決議應補正案件，如認仍有補正必要者，則再通知申請者限期補正，逾期不補正者，駁回其申請；經複審決議通過者，始得進入決審。最後以審查委員會之決審決議結果，供新聞局辦理衛星廣播電視事業設立、屆期換照等申請案件之參考。是系爭停播處分於作業程序均符合法規要求，並無程序違法問題。

(二)新聞局均依諮詢委員之審查意見：

衛星廣播電視執照屆期換照申請許可，雖屬裁量處分，惟新聞局為求評量之客觀可信、公平正確，遂邀集不同領域學者、專家及行政機關代表，組成合議制內部諮詢單位，依其專業提供審查意見，作為新聞局裁量之參考，以確保決定之適當、專業；又換照申請審查標準，除檢視形式要件之申請書及營運計畫有無齊備外，尚應具備衛星廣播電視法施行細則第 4 條規定之實體要件。至申請許可案之審查意見，雖未以書面評分表格形式呈現，但委員之審查意見均可見於合議制會議紀錄，自無審查不備理由之瑕疵。而對於初審未達標準之申請者，新聞局均已發函通知其依審查委員會初審審查意見，提出說明、改善計畫，再由審查委員會進行面談訪視之複審程序，對於原告權益保障並未有偏廢，已符合正當程序原則。

(三)機關首長對媒體之發言未非具主觀可歸責性：

原告引用媒體報導系爭換照處分作成時，前新聞局長乙○○之相關發言¹⁸⁵，以認定乙○○對於原告換照申請未予通過，具有可歸責之故意或過失。惟被告對於原告提出報紙影本之形式證據力雖不表爭執，然經

¹⁸⁵ 在判決中法院援引卷宗第 208 頁至 210 頁，謂：「證人乙○○對報導中關於事實的部分不爭執，但證稱略以：我回想當初記者提問為何是東森新聞台之核處紀錄最高，我所指之部分就是委員會衡量的第一個理由與營運內容與計劃不符部分，新聞局交由專業的審查委員會審查，這些審查之辦法也參酌世界先進國家有關於媒體管理相關規定，沒有涉及到違反憲法基本權利的問題。我是針對違規紀錄的部分在發言，但是主要還是委員會前面所提到的二個理由。審查委員並非我聘任的，但我相信新聞局是以媒體、法律以及相關產業之專業及客觀公正人士來聘任，東森新聞 S 台以及其他頻道在整個換照審議過程中，都是由審查委員充分的討論、評分、投票所做成的決議，新聞局尊重這個委員會做成相關處分，一切公開之程序辦理並無不當等語（見本院卷第 208 頁至第 210 頁）。」，參台北地方法院 96 年度重國字第 33 號民事判決。

整理報載乙○○主要發言內容，並無針對原告東森新聞 S 台之惡意或可認定主觀上可歸責事由之發言，自不足證明前新聞局長乙○○就原告東森新聞 S 台換照申請案，有任何主觀上可歸責之處，亦未能證明乙○○就本件涉有違法。

第二目 本案爭點分析與判決要旨¹⁸⁶

一、地方法院之判決要旨

本號判決構成理由中，引用學者在論述「新聞媒體在現代社會所扮演的角色與認知不同」，認新聞局對原告（東森電視 S 台）不予換照之處分是否符合憲法、法律之管制措施有三種不同之見解分別為(一)依法行政說（含實質與程序）；(二)違憲說；(三)折衷說¹⁸⁷，並認為不予換照的裁量處分具不法理由為：

(一)不予換照的決定權在「新聞局」並非「審查委員會」

衛星廣播電視法第 3 條第 1 項規定「本法所稱主管機關為行政院新聞局」，再佐以第 6 條之規定¹⁸⁸，足徵決定換照與否者，在於新聞局，尚非審查委員會¹⁸⁹。證人乙○○為當時之新聞局長，自有決定換照與否之權利，審議委員會之決定僅有參考、建議之性質。雖其證稱係尊重委員會之決定，但遍查委員會之書面紀錄及錄音紀錄，尚無「已經顧及過去的投資、長期營運、言論自由市場，否則被停播的就是東森新聞台了」類似言詞之決議或討論。也沒有任何法令依據得以「考量諸多因素，原本要處罰東森新聞台，但處罰東森 S 台」之理由，該項理由，顯與處罰

¹⁸⁶ 本號判決不爭執國家賠償法第 2 條第 2 項前段構成要件中「行為人為公務員」「須為執行職務」「須行使公權力之行為」，但爭執「行為係屬不法」「行為人須有故意過失」「須人民之自由或權利受到損害」以及「行為與結果之間須有相當因果關係」核先說明。

¹⁸⁷ 有關此三說判決書高達六、七頁之多，詳參台灣台北地方法院 96 年度重國字第 33 號民事判決。

¹⁸⁸ 衛星廣播電視法第 6 條規定：「申請衛星廣播電視事業之經營，應填具申請書及營運計畫，向主管機關提出申請，經審核許可，發給衛星廣播電視事業執照，始得營運。前項執照有效期限為六年，期限屆滿前六個月，衛星廣播電視事業應向主管機關申請換照。申請經營衛星廣播電視事業填具之申請書或營運計畫資料不全得補正者，主管機關應通知限期補正；逾期不補正或補正不全者，駁回其申請。申請換照時，亦同。主管機關應就衛星廣播電視事業所提出之營運計畫執行情形，每二年評鑑一次。前項評鑑結果未達營運計畫且得改正者，主管機關應通知限期改正；其無法改正，主管機關應撤銷衛星廣播電視許可，並註銷衛星廣播電視事業執照。」

¹⁸⁹ 行政院新聞局組織條例第 19 條規定：「新聞局於必要時，得報准行政院設委員會，聘請有關專家充任委員，均為無給職；所需工作人員，應就本條例所定員額內調用之。」

之原因，並不相干，且有令他頻道業者成為代罪羔羊之嫌，輕忽該處罰將扼殺一個媒體的經營權，應予慎重。從而，證人乙○○以該理由作為東森 S 台不予換照之理由，裁量明顯違法，甚為顯然。

(二)新聞局不予換照之處分，並非為了維護新聞媒體的自主性多元之行政目的

1. 審議委員會之組織及依據：

審查委員既係新聞局依行政院新聞局組織條例第 19 條選任，雖依行政院新聞局衛星廣播電視事業審查委員設置要點第 3 條之規定，設委員 11 人至 15 人，分別以學者專家 8 人至 12 人、交通部代表 1 人、行政院消費者保護委員會代表 1 人、新聞局代表 1 人組成，但新聞局乃行政機關，在現行藍、綠對決甚烈之氣氛下，無論何黨派執政，尚無法想像其能超乎黨派，而有中立、民主、專業、去黨判化的審查機制。

2. 審議內容之實際狀況：

被告提出初審之評分內容，係委員各憑其主觀判斷，不須附理由的評分，過程中流於恣意，從而，在該評分制度下，缺乏公平的給分標準，且由行政機關自行決定人選，則有無維護政黨利益之嫌，不無可疑，仍不宜由行政機關予以管制。

(三)不予換照處分係程序嚴重瑕疵之違法

審查委員會的審查結果，雖僅為新聞局做成行政處分之建議及參考，但其所做之決審結果，及決定的程序，關係的是程序的保障，亦有下列可受檢討之處，程序瑕疵嚴重，導致新聞局處分違法，自不能謂符合正當程序：

1. 審查委員會之委員，係由新聞局選出，基於執政黨之執政，多為其政黨利益著眼之觀點觀之，該等委員是否公正、客觀、中立、去黨派化，不能無疑。
2. 初審評分全憑委員主觀判斷，不具理由之給分，沒有一個公正客觀之評分標準。
3. 未舉行公聽程序，委員會錄音紀錄與書面紀錄所載亦未盡相符。

4. 多家媒體初審結果，低於八位委員認定合格，然卻在複審均逆轉通過，未附詳細之理由，自無從審酌其公正客觀性。

二、台灣高等法院判決要旨（關於委員會部分）

(一)新聞局參酌委員會之決議並無違反專業判斷

為審查衛星廣播電視事業設立及換照等申請案件，新聞局依其組織條例第 19 條規定，訂定「行政院新聞局衛星廣播電視事業審查委員會設置要點」，由學者專家 8 人至 12 人、交通部代表 1 人、行政院消費者保護委員會代表 1 人及新聞局代表 1 人等委員 11 人至 15 人所組成審查委員會，就衛星廣播電視節目供應者設立申請及其他新聞局提請審查之事項等進行審查。而審查委員會受理各類申請案後，須本於客觀公正立場，並經初審、複審及決審等程序始能作成決議，且作成決議須有全體委員過半數之出席，出席委員三分之二以上同意始得為之，新聞局並依此審查委員會決議決定是否發給許可。本件換照申請案經審查委員會審酌上情，並就被上訴人之衛星資料、過去 6 年之經營是否符合營運計畫內容、核處紀錄、過去 2 次（90 年、92 年）之評鑑結果及改善情形等事項綜合考量，決議不予換照。經核上開審查委員會決議，目的為使原處分之作成更趨於客觀嚴謹，避免專斷之情形，上訴人本於職權參酌上開決議，否准本件被上訴人換照申請案，並無違反其專業判斷。至於新聞局是否有不予換照之前例，並不影響本件之判斷，並予指明。

(二)新聞局長及職員並無故意過失

1. 上訴人固不否認當時之新聞局長甲○○確有為上開媒體之發言，但新聞局最後之裁決是依據審查委員之審查結果而為否准之裁示，被上訴人並無法舉證證明甲○○局長於審查會開會前，或開會中，如何影響審查委員會之決議，該審查委員於審查各案時均本其專業，並無故意或過失不讓被上訴人換照。
2. 原處分作成當時，新聞局業已依其組織條例第 19 條規定，訂定「行政院新聞局衛星廣播電視事業審查委員會設置要點」，由學者專家 8 人至 12 人、交通部代表 1 人、行政院消費者保護委員會代表 1 人及新聞局代表 1 人等委員 11 人至 15 人所組成審查委員會，就衛星廣播電視節

目供應者設立申請及其他新聞局提請審查之事項等進行審查。而審查委員會受理各類申請案後，須本於客觀公正立場，並經初審、複審及決審等程序始能作成決議，且作成決議須有全體委員過半數之出席，出席委員 3 分之 2 以上同意始得為之，新聞局並依此審查委員會決議決定是否發給許可。本件換照申請案經審查委員會審酌上情，並就被上訴人之衛星資料、過去 6 年之經營是否符合營運計畫內容、核處紀錄、過去 2 次(90 年、92 年)之評鑑結果及改善情形等事項綜合考量，決議不予換照。上開審查委員會決議，目的乃為使原處分之作成更趨於客觀嚴謹，避免專斷之情形，上訴人本於職權參酌上開決議，否准本件被上訴人換照申請案，並無違反其專業判斷。是當時作成之公務員非但無任何積極行為明顯抵觸法律規定而有「不法」之情事，更盡其注意義務而依組織法組成合議制之審查委員會進行專業審議，相關公務員殊難謂有故意或過失可言。

第三目 判決評析

本號判決之國家賠償金額高達新台幣參億肆仟餘萬，第一審由東森電視勝訴，NCC 上訴到第二審，台灣高等法院認為新聞局是依據專家學者組成的審查委員會決議才不准換照，並無故意過失，因此廢棄第一審判決，改判 NCC 勝訴，雖然案件仍在上訴中，但由於此號判決在行政機關中，有「專家學者」參與的審議委員會，其作成違法之行政處分是否會導致國家賠償，在實務上實屬罕見。其中相關判決論點，又涉及本文所研究的專家學者社會公正人士參與之委員會，實屬難得的研究素材，尤其責任如何分擔，究應由行政機關首長、委員會之委員或承辦人員負責，其事權之決定責任之歸屬，都值得進一步分析研究。

其中對於行政機關承擔國家賠償責任之要件探討，並非本文關懷的重心。故以下擬以本號判決中有關雙方攻防論點中就「審議委員會」相關論點提出看法與評述如后。

一、審議委員會是「諮詢委員會」還是「參與處分作成之委員會」？

法院實務上部分判決存在著一種看法¹⁹⁰，亦即由專家學者所組成之審議委員會其決定僅有參考、建議之性質，不具法效力。實則委員會有多種，若僅具參考建議性質者，大都為「諮詢委員會」而非「參與作成行政處分之委員會」，實務上常以此論點，作為專家學者參與之委員會之說明，顯係誤會委員會有許多的類型¹⁹¹。以本案為例，「衛星電視審議委員會」究係屬於何種類型的委員會須進一步說明。

第一審判決指出「決定換照與否在於新聞局，尚非審議委員會，證人乙○○當時為新聞局長，自有決定換照與否之權利，審議委員會之決定僅具有參考、建議之性質」，似乎將該審議委員會定位為「諮詢委員會」¹⁹²。第二審判決雖未明確指出委員會並非「諮詢性質」，但於判決中似乎已能正確指出新聞局的發照，實即本於委員會之決議並專重其「專業判斷」高等法院認為，新聞局長無法影響委員會之決定，東森電視亦無法舉證局長確有影響審查委員決議之行為。實則，有關「換照與否」涉及個案實質內容之審議，從判決內文中可知該委員參與評分，並以委員之評分作為「是否換照」之依據，其並非僅係提供機關首長（新聞局長）參考建議之性質，至少應屬於我國行政程序法第 114 條第 4 款之「參與行政處分作成之委員會」¹⁹³，蓋設於行政院新聞局內之「衛星電視審議委員會」係對於衛星電視換照與否具有「實質決定權限」（如判決主文中所示，依據該委員會之委員評分之結果），對外則係以「行政院新聞局」名義作成行政處分，事實上行政院新聞局大都會尊重專業委員會之決定，此種模式即學理上「專家參與」之模式，亦即由專家學者組成的委員會「實質決定」，只是最後以「行政機關」之名義為之而已。

雖然形式上觀之「行政處分」之作成（即不予換照處分）係新聞局（以局長為法定代理人），但實際上是交由專業的委員會審查，並非僅提供建議參考。

¹⁹⁰ 台南地方法院矚重字第 1 號刑事判決；台北地方法院 96 年度重國字第 33 號民事判決。

¹⁹¹ 有關外聘委員參與之委員會類型化分析與建構參本論文第四章之分析。

¹⁹² 諮詢委員會之委員常作為行政機關請益之對象，常提供專業與學識作為決策之參考，包括政策之諮詢、法令解釋之諮詢以及個案意見之諮詢，通常其決定不具備「法效力」，但有時候實務亦有同時一個委員會兼有不同功能者，相關分析參馮野宏，行政法Ⅲ〔第 3 版〕行政組織法，有斐閣，2008 年，頁 76～77。

¹⁹³ 司法院解釋 645 號解釋理由書略謂：「...設於行政院內之全國性公民投票審議委員會，對全國性投票提案成立與否具有實質決定權限，對外則以行政院名義作成行政處分，行政院對該委員會所為之決定並無審查權...。」

第一審判決忽略在行政機關內有許多不同類型之委員會，以本案為例係審議型而非諮詢型委員會，在論證上不無瑕疵。

二、引進專家學者組成的委員會與法律保留

本件衛星電視換照案係由新聞局組成的有線電視審議委員會為「初審、複審及決審」之審議，但「委員會」之依據係依「行政院新聞局組織條例第 19 條及行政院新聞局衛星廣播電視事業審查設置要點」，前者僅規定「新聞局於必要時，得報准行政院設委員會，聘請有關專家充任委員，均為無給職」，後者更以「行政規則」的方式，如此對人民權利保護是否週到？頗值探討，蓋晚近人權保障除「正當法律程序」外，更強調組織適當與合法性之要求，行政機關之適法的組織作決策，亦為確保公正作為之一環，組織之不適法包括，應由委員會作成決定而未召開，開會法定人數不足，未達法定決議人數，組成委員不符資格等¹⁹⁴，同時審議的組織必須有政治上的獨立性並以合議制為妥。但觀之我國機關內設立的委員會其法律依據大都空泛（如上述之組織條例）或以「行政規則」方式行之。

第一審判決雖指出上述論點，但未進一步指出我國現行（甚至本案）新聞局以「要點」（行政規則）方式成立「有線電線審議委員會」並不恰當，有關影響人民權利的「委員會」至少應有法律保留的適用。易言之，應於作用法中明定或由作用法授權以「法規命令」訂定為宜¹⁹⁵。

三、有線電視審議委員會與正當法律程序

第一審判決認為，審議委員會之審查結果，雖僅為新聞局作成處分之建議及參考，但其決審之結果及決定程序，關係「程序保障」並認初審評分全憑委員主觀判斷，不具理由給分，未經聽證程序等不符「正當程序」。

然如本文前所述，若僅為建議參考性的委員會應定位為「諮詢委員會」，並

¹⁹⁴ 晚近有相關立法例，如促進民間參與公共建設法第 44 條：「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。前項甄審標準，應於公告徵求民間參與之時一併公告；評審期限，依個案決定之，並應通知申請人。第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會委員應有二分之一以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。」該法第 44 條第 3 項訂定有「民間參與公共建設委員會組織及評審辦法」。

¹⁹⁵ 湯德宗，違反行政程序的法律效果，收錄於氏著，行政程序法論，台北，元照，2000 年初版，頁 102 以下。

無須正當法律程序之要求，反而是要依據自己專業與學識（偏向主觀），本文認為審議委員會並非僅具建議與參考性質，而係參與行政處分作成之委員會，因此才會強調審議過程中之正當程序。

另外，委員會的審議不公開亦常成為詬病，包括資訊及卷宗紀錄，常被譏為「黑箱作業」，本文認為要改變這種現象，我國現行法制之行政程序法聽證程序應多加利用，一來讓人民的意見進入決策，二來落實「陽光行政」。關於此點，本文肯定判決所提出之論點，亦即關於不予換照的處分「未舉行公開程序委員會，錄音紀錄與書面所載亦未相符」之質疑。

四、審議委員會委員之遴聘與政黨（政治）

一般說來，法律與政治分擔著國家不同的功能，透過政治決定國家的發展方向，透過法律維持該方向之正確¹⁹⁶，但在台灣法律與政治在各領域中常互相影響著。本號判決對於政黨¹⁹⁷（政治）亦多所著墨並對之提出批判與看法。

第一審判決認為，審查委員會之委員係由新聞局選出，基於執政黨之執政，多為其政黨利益著眼之觀點，該等委員是否公正、客觀、中正、去黨派化，不能無疑。其次，又認為，因該行政處分之作成所參考的評議程序，既未能中立、民主、專業、去黨派化，基於法律保留原則及對新聞自由之保障，法院寧採取「市場論」（或稱「政府放手論」），基於避免政黨對決，應等待相關程序完備，政黨能基於是非，且其管制明確化、法制化、去黨派化後，始由政府予以管制。否則，在今日藍、綠對決，是非隨顏色二分化十分嚴重的時代，要維護新聞自由，避免政治勢力用各種不同的藉口、理由予以打壓、箝制或干涉，寧認「媒體有決定顏色的自由，但顏色沒有箝制媒體的自由」。

本文認為，機關內設置由專家學者參與的委員會，其設置之目的乃在於「強調專業的引進」「職務行使之公正性與獨立性」以及「效率」與「公益」，此為「應然面」之理想。但實然面的運作卻產生如判決所說「執政者皆為其政黨利益者，並對委員的公正、客觀、中立、去黨派化提出質疑」，這說明了法院的確意識到現行制度之實際運作以及公民的素養必須往上提升才有辦法達到上述之

¹⁹⁶ 李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009年10月，頁57；司法院解釋580號林子儀大法官部分協同及部分不同意見書。

¹⁹⁷ 有關政黨係屬於政治學的研究範疇，現代的政治，較傳統政治最大的不同之一，即在於政黨的有無，參任德厚，政治學（增訂5版），作者自版，1999年，頁221。

理想。可惜的是，普遍存在於行政機關內之各類型委員會不管在學理或實際上似乎未受到太多的關注，不管在數量上或法制之整備上較諸其他議題之研究，可謂尙未起步¹⁹⁸。

五、倘若本案 NCC 賠償東森電視台，究應向何人求償¹⁹⁹

在研究本案例時尚有一個未被觸及的研究議題。亦即，倘若國家（行政機關）敗訴，而公務員又具備有故意或重大過失，此時依國家賠償法第 9 條第 1 項規定：「依第 2 條第 2 項請求損害賠償者，以該公務員所屬為機關為賠償義務機關。」復依同法第 2 條第 3 項：「前項情形，公務員有故意或重大過失，賠償義務機關對之有求償權。」依此求償的對象係何人？頗值研究。

依第一審之判決，法院認為新聞局長有「故意或重大過失²⁰⁰」作出違法（不法）之行政處分致東森電視台造成財產上的損失，依此似乎 N.C.C（承受業務機關）可向新聞局長求償。

但本文關心的是，參與作成不予換照處分之審議委員可否成為「求償對象」？由於審議委員會採「集體審議」「多數決」「總合評分」此在責任之歸屬勢必在舉證責任上造成困難。我國目前相關文獻亦未探討。本文認為，由於國家引進專家學者、社會公正人士等外聘委員參與國家公共事務之評選甄審、調查與爭議裁決等，事涉公權力事務者愈來愈多，從實證經驗看來，這類之爭議含蓋不同法律層面也愈來愈多²⁰¹，如何未雨綢繆建構相關法制機制，如委員參與之委員會組織與審議之法律及法規命令，其中包括委員會本身之問題，如召開法定人數之出席及決議審議，過程之紀錄與資訊保留甚至聽證等程序，如此方可杜絕委員會為行政機關之「遮羞布²⁰²」或「決策的背書者」之批評。

¹⁹⁸ 相較於此，鄰國日本在平成 11 年 4 月內閣會議決定「審議會等整理合理化的基本計劃」「審議會等組織指針」「審議會運作指針」等重要資料，每年並定期出版「審議會綜覽」乙書，筆者手邊最新資料為平成 20 年版，審議會綜覽，（財）行政管理研究センター，平成 20 年，2008 年 12 月發行。

¹⁹⁹ 此係為討論而設定之議題，本案尙未三審定讞，核先說明。

²⁰⁰ 有關法院認為新聞局長有故意過失之論述，參台北地方法院 96 年度國重字第 33 號民事判決。

²⁰¹ 例如參與委員的刑事責任，委員會決定的司法審查，國家賠償等橫跨不同之法領域。

²⁰² 日本學者塩野宏教授認為，對於審議會（類似我國機關內設立的委員會）之所以遭負面批評（機關之遮羞布）係由於委員會的人選是不公開，參氏著，行政組織法（行政法Ⅲ第 3 版），2008 年 10 月，日本，有斐閣，頁 80。

第四目 小結

公法的挑戰顯然已不單單僅是法律的解釋與適用的問題，它可能包括憲法學²⁰³、政治學²⁰⁴、公共行政學²⁰⁵與社會學各領域間的互相影響，第一審判決站在人民的立場，告訴國家（執政者）不能逾越法律之分際，同時亦不能恣意妄為一手遮天，雖然其中論點未能精準掌握相關概念，但仍瑕不掩瑜。本文所關心者係如何在行政機關運用頻繁之委員會，如何法制化並針對已發生之問題相關的整備，以合理運用並加以改善為人所垢病之決策過程以及資訊公開之問題，這幾乎是運用委員會國家所面對相關之困境²⁰⁶，亦為未來學界努力之方向。

第二款 遠東電收 E.T.C 案

第一目 案例事實²⁰⁷

甲、乙、丙、丁、戊、己、庚等七家公司（申請人），參與交通部高公局依據促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）及相關法令規定辦理徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案（以下簡稱本案 B.O.T）經甄審委員會進行資格預審後，高公局公告甲、乙、丙公司為合格入圍申請人，復經協商及綜合計審後，交通部高公局「公告」甄選決定甲公司（遠東聯盟）為最優申請者，乙公司（宇通資訊科技公司）為次優申請人，乙對該公告不服向高公局「異議」，高公局未處理又向公共工程委員會提出「申訴」，工程會審議中，高公局作成異議無理由，工程會接續就雙方異議之爭點予以審議，工程會審議結果：「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷，有關設立建置營運公司發起人，修改投資計畫，及公平協商部分不予受理，其餘部分駁回」乙公司就不利之部分提起行政訴訟。

²⁰³ 以本案為例涉及到憲法學上言論自由（廣電自由）的相關問題。

²⁰⁴ 例如本號判決之「媒體有決定顏色之自由，但顏色沒有箝制媒體的自由」，此之顏色在台灣即壁壘分明之「藍綠（政黨）對決」。

²⁰⁵ 例如本案在行政機關內設委員會涉及行政組織中事權分散與責任等議題。

²⁰⁶ 以日本為例，為解決審議會所造成的弊端，內閣曾經提出諸多解決方案，但反觀我國問題的意識尚未萌芽，仍有待學界持續的批判與關注。

²⁰⁷ 案例事實由本文作者整理自台北高等行政法院 94 年訴字 752 號判決；最高行政法院 95 年判字 1239 號判決；最高行政法院 97 年判字 976 號判決。

本案迭經高等行政法院及最高行政法院審理結果認為，交通部高公局所設立之「甄審委員會」於審議參與 B.O.T 之申請案過程中違反「平等原則」與「公益原則」認為原甄審結果之「公告」（行政處分）係違法應與撤銷重新甄審。

參與之宇通公司認為高公局在辦理系爭 B.O.T 案之審標及決標確實違反法令，造成該公司之損失，爰依促進民間參與公共建設法第 47 條 1 項準用政府採購法第 85 條第 1 項、第 3 項請求高公局償付宇通公司備標、異議與申訴費用，並提起「行政訴訟」。

第二目 本案爭點及判決要旨

本案係屬民間公司參與國家公共建設案所引發之案例，與政府採購案並不相同，由於促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）中規定，其參與類型不一，本案係屬於該法第 8 條第 2 款之「由民間投資興建並為營運，營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府，亦即俗稱「B.O.T」（民辦民營）之案子，茲就本案爭點及判決要旨整理如次：

一、B.O.T 之甄審組成與程序

我國促進民間參與公共建設法第 44 條²⁰⁸：「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會委員應有二分之一以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。」；同時第 45 條規定：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。經評定為最優申請案件申請人，如未於前項規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約簽約手續者，主辦機關得訂定期限，通知補正之。該申請人如於期限內無法補正者，主辦機關得決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約或重新依第 42 條規定公告接受申請。」依此經主辦機關評定為最後申請人，取得簽約之權利，此種權利係賦予民間參與公共建設之權利，於行政法上應為特許處分。

二、法院對甄審委員會決定之審查

本件甄審公告認定遠東聯盟為最優申請人，固係甄審委員會之判斷，屬專

²⁰⁸ 我國獎勵民間參與交通建設條例第 37 條之規定，內容文字幾近相同。

門事項之專業性判斷²⁰⁹，有其判斷餘地。若本件甄審公告對合格之入圍申請人於協商程序違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事，行政法院自得介入審查。

三、原處分機關甄審行為違法，參與申請廠商得否請求賠償？範圍為何？

促進民間參與公共建設法第 47 條所謂「準用」政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定，應指民間參與公共建設申請及審核程序之爭議與政府採購招標、審標或決標爭議性質相同或相近之範圍內有其準用。政府採購法第 85 條第 1 項、第 3 項規定審議判斷指明採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用；行政法院以撤銷判決或確認判決，確認採購機關之採購行為違法，原處分機關及審議機關皆受判決結果拘束，不得再另為不同之判斷，其效力甚於審議判斷指明原採購行為違法之效力，廠商自得依政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求採購機關償付所支出之必要費用。而政府採購法第 85 條第 3 項既規定請求償付其準備投標、異議及申訴「所支出之必要費用」，自以已支出者為限；且此項請求償付必要費用之規定，為一般損害賠償以義務人有故意或過失為要件之例外，依「例外規定解釋從嚴」原則，亦應解為該規定「所支出」之必要費用，係指實際已支出之必要費用。

是促進民間參與公共建設申請及審核程序若經行政法院以撤銷判決或確認判決，確認原處分機關之甄審行為違法，依促進民間參與公共建設法第 47 條，自得準用政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求原處分機關償付其準備甄審、異議及申訴所支出之必要費用²¹⁰。

²⁰⁹ 釋字 553 號解釋理由書及釋字 319 號翁岳生、吳庚、楊日然大法官所提不同意見書。

²¹⁰ 最高行政法院 97 年判字 976 號（2008.11.6）。

第三目 判決評析

一、公共工程甄審委員會之定位

行政機關內設立之委員會類型不一，本案公共工程甄審委員會係設於交通部高速公路局之「臨時委員會」依促參法第 44 條第 3 項之規定設立，依民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 2 條之規定，主辦機關為審查政府規劃之民間參與公共建設申請案，應設民間參與公共建設甄審委員會。該會於公告徵求民間參與前成立，並於主辦機關與民間機構簽訂投資契約時解散。顯見此係就個案成立之甄審會。實務見解認為²¹¹：「民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關。」

其實，甄審委員會是具有實質決定權之「組織」僅係以主辦機關之名義作成「行政處分」。換言之，即便「甄審委員會」作出違法決定，行政機關除非事先發覺否則只能「概括承受」。但換個角度，如果是甄審委員會的成員收賄而故意作出不公正之決定，此情形較為困難的爭點是，其一，委員會是以「多數決」及「集體決議」並透過表決或加總評分如何追究其損害賠償責任？亦或由機關賠償後再向甄審委員求償？其二，集體決定違法的舉證責任相當困難，未來求償亦會有難以突破的地方。

本文並不反對損害賠償責任由行政機關承擔，但倘若個別委員之行爲造成損害之原因，亦應法律明文規定由求償的機制²¹²。

二、本案損害賠償法律之適用

(一)救濟途徑之選擇

人民因國家之行政處分而受有損害，請求損害賠償時，現行法制，得依國家賠償法規定向民事法院訴請外，亦得依行政訴訟法第 7 條規定，於提起其他行政訴訟時合併請求。二者為不同之救濟途徑，各有其

²¹¹ 最高行政法院 95 年判字第 1239 號判決。

²¹² 一個適用國家賠償法與其他法律的問題是，若廠商依「國家賠償法」請求並獲勝訴判決後，國家得對有故意或重大過失之公務員求償（參該法第 2 條第 3 項），但若依其他法律雖然機關賠償後並無求償之規定。

程序規定。實務見解認為²¹³，人民若選擇依國家賠償法請求損害賠償時，應依國家賠償法規定程序為之。若選擇依行政訴訟法第 7 條規定請求損害賠償時，自僅依行政訴訟法規定程序辦理即可²¹⁴。

新制施行後，對於各種制度之競合所產生法理之衝突，我國實務上在案件之審判宜作明確的釐清，對於上述問題，將之分別處理，不致造成制度間之衝突，本文亦表贊同。

(二)本案之法律適用

國家賠償法第 6 條規定：「國家損害賠償，本法及民法以外其他法律有特別規定者，適用其他法律。」本案係高公局（甄審委員會）之甄審行為違法，造成參與廠商之損失，此時廠商可能同時符合國家賠償法與促參法而可以向主辦機請求損害賠償，但在我國採第一次權利保護之情形下²¹⁵，廠商得選擇行政訴訟法之方式求償，本案即以此為模式。至於實體法上之請求權仍依促參法第 47 條準用政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求原處分機關（高公局）償付其準備甄審、異議及申訴所支出之必要費用。

(三)高公局賠償後有無求償問題？應向何人求償？

與本研究主題有關者，係行政機關賠償後可否向有故意或重大過失之「參與者」，即負責的機關首長，承辦幕僚或專家學者等外聘委員求償？以本案為例，雖然促參法及政府採購法並未規定。但本文認為，對於因

²¹³ 最高行政法院 93 年判字 494 號判決。

²¹⁴ 國家賠償法第 10 條規定須先以書面請求及協議，係予行政機關對其所為是否違法有自省機會，減少不必要之訴訟。如人民對行政機關之違法處分，已提起行政救濟（異議、復查、訴願等），行政機關認其處分並無違法而駁回其訴願等，受處分人不服該決定而提起行政訴訟，且合併請求損害賠償，若要求其亦應踐行國家賠償法之先議程序，行政機關既認其處分無違誤，協議結果，必拒絕賠償，起訴前之先行協議顯無實益。是依行政訴訟法第七條合併提起損害賠償之訴，其請求內容縱屬國家賠償範圍，亦無準用國家賠償法，踐行該法第十條規定程序之理。」參最高行政法院 93 年判字 494 號判決。

²¹⁵ 所謂第一次權利保護係指人民之權利遭受公權力侵害，可請求行政法院審查該公權力行為之合法性，若不合法則由行政法院加以撤銷謂之。我國國家賠償法未有所謂「第一次權利保護優先」之規定，然我國設置有行政法院，行政處分是否違法其判斷專屬於行政法院，同時行政訴訟法第 12 條亦規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政訴訟程序確定之；前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前、民事或刑事法院應停止其審判程序。」依此應採取「第一次權利保護優先原則」

故意或重大過失，參與甄審或評選之外聘委員，因自己之行爲導致「甄審程序」或「評選違法」，而使行政機關償付之費用，現行法雖未有求償之規定，在立法論之思考上，可參考國家賠償法第 3 條第 3 項：「公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」唯爲完備法制並建立權責相符之專家學者參與公共事務之賠償機制，本文建議宜於相關作用法中，如促進民間參與公共建設法或政府採購法中增訂「求償機制」爰試擬增訂條文如次，（增訂）政府採購法第 85 條第 4 項：「IV 前項招標機關所償付之費用，參與招標程序之人員，有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」

第四目 小結

本案係因甄審行爲違法造成參與申請廠商因準備行爲付出財產上之損害。而提起之訴訟，由於我國行政訴訟制度之改革尙在發展之中²¹⁶，傳統因行政機關之違法行爲因行政訴訟制度不發達，有關損害賠償之議題研究不多，但由於行政訴訟類型之擴張，同時並於該法第 7 條規定：「提起行政訴訟得於同一程序中，附帶請求損害賠償」，程序法賦予原告得於訴訟中請求損害賠償之權利，但是在實體法上，尤其是在諸多作用法中並未有此規定。以本案爲例，促參法中有關違法的甄審行爲造成廠商之損失，還須透用法律的解釋，亦即「促參法第 47 條準用政府採購法第 85 條第 3 項之規定」，但從實證研究發現，參與公共事務之外聘委員（包括甄審、評選、調查、爭議裁決），因違法行爲致令行政機關賠償的案例亦逐漸增加中²¹⁷，在各法領域之間（如刑事法、公法、賠償責任、行政責任）應如何透過跨領域之研究對話，並找尋共同點，透過歸納釐構出完整的配套實爲當務之急。從法社會學的角度，外聘委員參與公共事務作爲一種社會現象，它包括了社會的信賴、期待與參與的榮譽感，但也因爲有重大違法事件的發生²¹⁸，不得不重新反省，思考再出發並建構出

²¹⁶ 最近的一次修正是 2009 年 12 月 12 日立法院三讀通過行政訴訟法修正案，本次修正是行政訴訟新制從 2000 年 7 月施行以來最大幅度的修正條文多達 66 條。

²¹⁷ 在法院實務上目前僅處理外聘委員因違反刑事責任，如收賄圖利、洩漏、偽造文書等，但未來發展因該外聘委員參與行爲造成的損害賠償，在行政機關人民以及參與者之間應如何建構完備法制，亦應未雨綢繆。

²¹⁸ 以法院之審判實務爲例，近年來法院的重大矚目案例，許多與參與的外聘委員有關，參按台

權責相符之參與機制。

第五節 刑事責任

第一項 問題之提出

刑事法律所規範的對象，係行為人之行為對一定行為客體造成法益之侵害。從刑法條文觀之具有「行為主體」的特殊規定，例如刑法瀆職罪章有以「公務員」或「仲裁人」作為行為主體而成為犯罪構成要件之結構。另有以「專業人士」作為犯罪行為主體者，如刑法第 316 條規定洩漏業務上秘密罪，其行為主體僅限於醫師、藥師、宗教師、律師等特定身分之人。還有未規定行為主體對象而以一般人為行為主體亦可成立犯罪者²¹⁹，是故欲探討機關外聘委員之刑事責任，首先要面對的問題是：外聘委員之身分為何？其是否為刑法之公務員或是一般人民？此攸關其所適用的法條，當然刑度更是天地之差²²⁰，但是判斷「外聘委員」之身分，其關鍵在於是否可以評價為「公務員」？我國刑法公務員之認定方式，係採立法定義規定於刑法第 10 條第 2 項並分為 1、2 款，依學者所見將之定位為身分公務員（刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段）、授權公務員（同條項後段）以及委託公務員（同條項第 2 款），實務上關於犯罪法條之援用模式係採「先驗式」的判斷方式，亦即刑法分則或特別刑法中有關犯罪構成要件之認定，首先認定行為主體是否為「公務員」，而後找尋以公務員為犯罪行為主體之相當法條，此種判斷模式在傳統國家治理模式尚不致於有太大問題，然而隨著國家治理模式之變遷，私人參與國家公共事務之履行所在多有，而此等

灣台南地方法院 96 年矚重訴字第 1 號刑事判決（南科高鐵減震工程案）；台灣高雄地方法院 94 年矚重字第 5 號及台灣高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決（高雄捷運公開六標案）；高雄地方法院 97 年度訴字 799 號刑事判決（高雄地方法院改興建案）；台灣台北地方法院 97 年度矚訴字第 4 號刑事判決（南港展覽館外聘委員收賄案）；96 年台北地方法院 96 年度訴字第 65 號刑事判決（台電六輸案）。

²¹⁹ 關於行為主體之文獻，柯耀程，論行為主體於構成要件定位問題，收錄於氏著，刑法的思與辯，台北，元照，2003 年 12 月，頁 175；另參甘添貴，刑法上公務員之定義與涵蓋範圍，載於月旦法學雜誌第 92 期，2003 年 1 月，頁 32~34。

²²⁰ 以喧騰一時的高雄捷運案為例，前高雄市工務局長○○一審被判有期徒刑 12 年褫奪公權 6 年，二審時依背信罪 9 個月，其爭議點即外聘委員身分是否為公務員？一審認定是，二審認為不是而刑度即差 11 年又 3 個月，（本案上訴中）參台灣高雄地方法院 94 年度矚重訴字第 5 號、96 年度矚重訴字第 1 號；台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上重字第 3 號。

「私人」參與「國家事務之履行」其身分究竟應如何判斷不僅在實務上逐漸累積出案例，晚近學界亦開始展開反省的聲音，其原因在刑法總則抽象定義並非正確的思考方式，應該從個別犯罪類型的保護法益出發個別解釋公務員要件，亦即「以行為的法益侵害可能性決定公務員概念的定義，而不是先驗的公務員意義決定行為的法益侵害可能。」²²¹例如國立大學或私立大學教授，其身分為「教師」但由於其具備有某學門的專業知識（如環境評估、法學、會計、公司治理、大地結構、機電工程等），常參與國家公共事務之履行而擔任政府採購之評選、訴願審議、賦稅改革諮詢、命題閱卷稱之為「委員」者，倘若在其參與的過程有舞弊情事，諸如收受金錢、洩漏秘密等，此時在判斷其該當何「犯罪構成要件」，除了特別法之規定外²²²，首要問題即面臨到究係維持其原來「專家、學者」之身分，抑或因為參與公共事務而將之解釋為「刑法總則之公務員」？此涉及「公務員」概念之認定。

本節的思考脈絡有幾個前提，首先，外聘委員是否為刑法的公務員？若採肯定其判斷是總則的立法定義？或是放棄刑法總則抽象的認定，而改採個別犯罪構成要件的判斷？自有必要進一步做方法論上思辨²²³。其次，探討外聘委員之刑事責任自不能忽略「刑事特別法」，尤其我國刑事法律之適用幾乎被「特別法」所掩蓋，學者稱之為「特別法肥大症」²²⁴。再者，若採「外聘委員」非刑法公務員之見解，其立法論與解釋論之依據及原因何在？最後，若跳脫解釋論上之糾葛有無可能將「外聘委員」參與國家公共事務增訂刑法「準公務員」之概念以避免爭議²²⁵，或者將之獨立列為一種犯罪之獨立類型²²⁶，自應從比較法

²²¹ 相關文獻，參黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分－評最高法院 97 年度台上字第 4813 號等判決，載於月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 9 月，頁 289～290；黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 286 以下。

²²² 典試法第 28 條規定：「典試委員長、典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員、實地考試委員及其他辦理考試人員應嚴守秘密，不得徇私舞弊、潛通關節、洩漏試題；違者依法懲處，其因而觸犯刑法者，加重其刑至二分之一。」

²²³ 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，載於台大法學論叢，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 286 以下。

²²⁴ 此觀之於充斥各領域的刑事特別法壓縮普通刑法的適用自明。

²²⁵ 事實上，在刑法總則第 10 條第 2 項「公務員」定義修正後，我國刑事審判實務上，有關被告是否為「新刑法公務員之認定」常在各審級之間發生爭議。

²²⁶ 許玉秀教授認為，國家行為的相對化、政府組織的相對化，就是管理眾人之事不再由國家機關承擔，亦可由「私人」來承擔，今日屬於公務員之瀆職罪，未來亦不過是背信罪的一種。刑法分則可能重新架構背信罪為普通背信罪與加重背信罪，而加重背信罪則視公眾事務之性

的角度參酌對此議題之規範為何？凡此本節將逐次探討。

第二項 以外聘委員為刑法公務員之論證

第一款 刑法公務員之概念

第一目 公務員作為犯罪行為主體與行為客體

一、行為主體

刑法涉及公務員之犯罪有多種不同之意涵及類型，其中有以「公務員」為犯罪主體者，有以公務員為行為客體，對於以公務員為行為主體的犯罪，一般稱之為職務罪（*Amtsdelikt*），職務罪又分兩類²²⁷；一是純正（真正）職務犯罪，係指只有公務員才能具備行為人資格。換言之，必須具備公務員之身分為主體，其所為之職務上行為有觸犯類型之要件方屬之，行為人不備具此身分，即不得視為犯罪類型之行為，例如我國刑法第 124 條之枉法裁判罪須具備審判職務或仲裁之行為主體；另一類是不純正（不真正）職務犯罪，係指除了公務員之外，其他人亦可以為適合的行為人，但具備公務員者加重其刑，亦即公務員身分為刑罰加重之要素²²⁸。

但是，關於犯罪傳統上均以「行為」為評價之對象，晚近亦有學者觀察到在判斷犯罪構成要件是否成立，除了以「行為」為中心評價外，亦不應忽略犯罪構成要件中行為主體的角色，因為行為是行為人所為，若將犯罪之評價置於「行為」之上，完全忽略行為主體的要求將發生評價上之偏差²²⁹，因為行為主體是構成要件要素，任何的制裁性規定的行為規範都必須明確，行為主體之所以必須明文規定在構成要件要素中，係本於法治國家之可預測性，亦即在於受

質，行為與公眾事務的關連，分別決定不法的程度與量刑。參氏著公務員概念的立法定義－第 16 次修正刑法檢討（第 10 條第 2 項），收錄於新修正刑法論文集（民國 95 年 7 月 1 日施行），司法院印行，2006 年 12 月初版，頁 119～120。

²²⁷ 此係概分方式，純正者尚有主體資格限定與否之差異。

²²⁸ 林山田，刑法通論（上冊），增訂 9 版，2005 年 9 月一刷，頁 265～266；林雍昇，實質的刑法公務員概念－兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵，載於律師雜誌，第 316 期，2006 年 1 月，頁 69～70；柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討－貪污治罪條例與刑法相關規定之適用與競合，載於月旦法學雜誌第 94 期，2003 年 3 月，頁 46～47。

²²⁹ 柯耀程，論行為主體於構成要件定位問題，收錄於氏著刑法的思與辯，台北，元照，2003 年 12 月，頁 193；黃榮堅，前揭文（註 71），頁 289 以下。

規範者能夠預測行為之後果，以及權利是否會受限制²³⁰。舉例來說大學教授（含公立與私立）受聘擔任政府採購之評選委員，因收受業者饋贈或接受招待而違背專業評選標準，對於大學教授之行為即「收受業者饋贈或接受招待」為社會所非難，亦違反了社會對專業的「信賴與期待」，但此大學教授為「行為主體」其身分之判定若為「公務員」，即成立貪污治罪條例之違背職務貪污罪，但若非公務員則成立刑法之背信罪（刑法第 342 條）²³¹，故行為主體即影響犯罪類型之成立，因此刑法雖然以行為作為客觀的評價對象，但發動的主體則為行為之根源，亦不能忽略。

因此在判斷個別犯罪成立要件時，有關不法形成要件須檢視行為主體的適格性，才能進一步判斷行為所侵害的事實是否具備該當性。例如外聘委員是否為刑法公務員？答案若肯定才能適用貪污治罪條例相關罪名，因為特定犯罪行為是行為人之行為，唯有行為主體被確認後才有認定行為與侵害事實之餘地，若未先確認主體直接評價行為，恐會造成行為失格²³²。由上可知行為主體在犯罪構成要件之判斷上具有重要地位。

問題是，行為主體在各別構成要件（刑法分則）有立法者先予預設，例如「公務員」「仲裁人」「醫生、宗教師」...等，較特殊者係我國刑法總則中僅對「公務員」此一行為主體設有立法定義，第 10 條第 2 項：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」，其餘並未有類似之規定，因此在一般有關涉及公務員之犯罪中，實務之操作模式大都先回到總則上先予判斷該行為主體是否為「公務員」，若不是則直接否定其成立以「公務員」為行為主體之犯罪。2005 年刑法修正前，公務員之定義為依法令從事公務之人員，修正後則做較為詳細的立法定義，但修法後仍然爭議不斷²³³，似乎引發了刑法上公務員身分的另一個爭議，而本文研究主題「機關外聘

²³⁰ 司法院解釋 638 號，許玉秀大法官不同意見書。

²³¹ 我國目前刑法第 342 條之背信罪僅有「普通背信罪」之規定，並無如刑法第 336 條公務侵占罪之規定，故並無公務背信罪。

²³² 柯耀程，前揭文（註 219），頁 216。

²³³ 例如國營事業員工（最高法院 97 年度台上字 3610 號刑事判決）、替代役（最高法院 98 年度台上字第 2828 號刑事判決）、清潔隊員、政府採購評選委員（台北地方法院 98 訴字 141 號

委員」是否為刑法之公務員，在前文曾加以說明²³⁴即呈現法律解釋論上難以說服的困境。

二、行為客體

行為客體係指行為所侵害或攻擊的具體對象，包括被害人或被害客體²³⁵，例如對執行職務公務員施脅迫罪（刑法第 136 條）之「公務員」行為所攻擊或侵害者，除客觀可見的「客體外」尚有客觀不可見的法益。最簡單的理解是殺人罪之行為客體是「人」，但所侵害之法益是「生命法益」。此外對於公務員依法執行職務施強暴脅迫的行為客體是「公務員」但所侵害之法益是「國家法益」，蓋政府之事務均為國家之公務，須由公務員實現或行使，此等程序之運作與公益有關，因此公務員代表國家行使職務，人民有服從之義務，不容遭到非法妨害或阻撓，如果不服從而有所妨害使公權力行使受阻，國家之權力即受侵害，故其所保護的法益為「國家法益」²³⁶。

在犯罪構成要件上，公務員依法執行職務成為「特別情狀要件」倘若對之施強迫脅對象非「公務員」依法執行職務則無由成立本罪。

在行為客體或侵害客體之討論，例如晚近國家要設立大型的公共建設或重大投資案均須經過「環境影響評估」，而依環境影響評估法所成立的「環境影響評估委員會」，其成員除政府機關之代表外，大多為「專家學者」參與即所謂「環評委員」²³⁷，通常此種環評模式係仰賴科技專家而非民主參與，於是抗爭不斷，設若抗爭民眾於環境評估委員會之召開時衝進會場，阻止環評審查或於審查完畢走出會場時對於外聘之專家學者施強暴脅迫，此時究應成立何罪？是刑法第 136 條第 1 項之妨害公務罪抑或侵害個人法益之傷害罪（§277）、恐嚇罪（§305）或其他？此時探究外聘委員於環評審查時，其究竟是一般人或公務員？一般認為²³⁸，妨害公務保護的客體為國家公權力之行為，與行為客體不同，故行為人

刑事判決）、大學教授參與國科會之委託研究...等。

²³⁴ 本論文第 2 章第 4 節第 3 項外聘委員在刑法之地位。

²³⁵ 林山田，刑法通論（上冊），增訂 9 版，2005 年 9 月一刷，頁 266～267。

²³⁶ 林山田，刑法各罪論（下冊），2005 年 9 月 1 刷，頁 137；陳煥生、劉秉均，刑法分則實用（2 版），2005 年 9 月一刷，頁 59。

²³⁷ 例如，環評影響評估法第 3 條規定，各級主管機關為審查環境影響評估報告事項應設環境影響評估委員會，委員任期二年，其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二。

²³⁸ 曾淑瑜，妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？載於台灣本土法學 91 期，頁 92～93，2007 年 2 月；另外刑法分則之教科書於此處並未再討論公務員；參林山田，前

即使施暴之對象不是公務員，非謂無法成立。換言之，施強暴脅迫之行爲客體若爲公務輔助人（如本案之外聘委員），雖未具公務員身分，只要行爲人之行爲阻礙該等人員執行職務之順遂，破壞國家公權力行使，即可成立該罪。亦即刑法第 136 條第 1 項之妨害公務之行爲客體，雖然是「公務員」但其立法目的並非保護公務員之身體或自由，其保護法益最終還是公務員公務的順利執行²³⁹，因此即便不是「公務員」亦可能成立該罪，較傾向保護「公務」而非「公務員」。

第二目 界定刑法公務員資格之標準

公務員之身分資格在刑法犯罪構成要件判斷上，既可能影響犯罪之成立與刑度之高低，因此在界定公務員之資格時即格外重要。一般說來，界定公務員之資格可從兩方面解析，其一爲國家機關組織之角度亦即組織論，其二爲從國家功能論之角度，亦即採所從事者是否爲公共事務作爲判斷依據，但亦有學者認爲公務員身分之認定組織論與功能論無從分離應綜合判斷，茲逐次說明於后：

一、組織論

所謂組織論亦即從國家機關組織認定公務員身分，刑法上公務員身分之判斷，最簡潔的方式莫過於以國家機關所屬的人員作爲基礎。學者認爲，團體組織的屬性決定該團體組成員的社會角色與地位。換言之，一個人屬於何團體之團成員，居於團體中之何種位置，與該組織團體其他成員之關係決定在社會中的地位²⁴⁰。公務員係受國家或地方自治團體依法任用並服務於國家及地方自治團體，至於依法任用、派用、聘用則非所問，此等人員在一般社會大眾的期待係公正、廉潔、專業、效能並依法享有國家給予之俸給權利與福利²⁴¹，同時應兼負起法規範所賦予之特別義務。

但是，採組織論之判斷方式，在面臨國家治理方式之改變，有時難以應付。例如晚近私人參與國家事務並分擔公權力之行使，其身分地位之判斷即生疑

揭書，頁 138～142。

²³⁹ 西田典之，刑法各論〔第 4 版〕，弘文堂，平成 20 年 4 月 30 日（2008 年），頁 388。

²⁴⁰ 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，載於警大法學論集第 11 期，2006 年 3 月，頁 214～216。

²⁴¹ 公務員之權利諸如俸給權、退休金權、撫卹金權、身分保障權...等，參吳庚，行政法理論與實用（10 版），2008 年，頁 257 以下；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月，5 版，頁 1090 以下。

義。又如，國營事業民營化後，其員工身分之判斷是否為刑法公務員亦滋生疑義²⁴²，專家學者社會公正人士等外聘委員參與公共事務之甄審（評選）、審議、監督、爭議調解、鑑定、監督等公共事務，其身分之認定實務亦產生相當的困擾與爭議²⁴³。

二、功能論

依所從事之職務是否為公共事務，持功能論者之論點在於行為主體所從事者，是否執行國家公共任務擔當國家之職能，其所強調者在於行為人之行為與人民間之外部關係。我國修正前刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者謂依法令從事公務之人員。」係採功能論，但是國家公共事務如何解釋亦將影響其資格之認定，尤其國家之公共事務從適用法規之角度有公權力行政與私經濟行政，若公務員從事私經濟行政，以及私人受託從事公權力將產生身分認定之不同。

尤其，晚近有所謂國家公共任務功能之民營化，即某些特定事物之履行，不僅國家任務之屬性不變，國家亦未放棄自身執行之任務，只是在執行階段借重私人力量的方式完成任務，甚至亦不排除國家以單方強制私人參與協助履行公共任務的可能性²⁴⁴，而此等參與之人身分之認定亦成問題。

三、組織論與功能論合併以觀

另有學者認為²⁴⁵，組織論和功能論是不可能分開的，不依附於組織，不知道其功能，而新刑法第 10 條第 2 項第 1 款之公共事務，當然就是國家權力機關之任務，亦即後段所謂公共事務亦應屬於國家職權範圍內所應處理的事務，相對而言，沒有功能的組織，固然實際可能存在，但正常情形下，組織也都是為發揮一定之功能而設立，因此定義公務員，應以組織與功能一致下所為之定義

²⁴² 林雍昇，國營事業員工是否為刑法上公務員？簡評最高法院 97 年度台上字第 3610 號判決，載於台灣法學第 133 期，2009 年 8 月 1 日，頁 249 以下。

²⁴³ 例如在南科高鐵減震工程案，台南地檢署檢察官將政府採購評選委員認定為「公務員」，並依貪污治罪條例起訴，但台南地方法院一審判決認定該等評選委員僅供諮詢並為行政助手，並判決無罪，就評選委員之部分，地檢署檢察官並未上訴而確定，參台南地方法院刑事判決矚重字第 1 號。

²⁴⁴ 國家功能民營化之類型如行政助手、專家參與及行政委託，參許宗力，論行政任務民營化，收於翁岳生教授，祝壽論文集，當代公法新論（中），2002 年，元照，頁 587~589。

²⁴⁵ 許玉秀，公務員概念之立法定義—第 16 次刑法修正檢討（第 10 條第 2 項），收錄於新修正刑法論文集（民國 95 年 7 月 1 日施行），司法院印行，2006 年 12 月初版，頁 108。

較為適當，故組織論與功能論無從分離，相互依存，應合併加以觀察。

四、本文之看法

現代國家任務龐雜，治理國家的模式不可能一層一變，傳統國家任務之履行係由國家機關自行擔任，然而隨著給付國家之發達，政府職能不斷擴大，國家原本之人力及物力無法負擔這突來的轉變，故有引進私人參與國家任務之履行，而稱之為「民營化」²⁴⁶，此種模式係透過民間與政府之協力來達成公共任務，故公共部門與私人都扮演了重要的角色，這也啓開了合作國家的模式²⁴⁷。

如果國家治理模式轉變，那麼傳統以公務員履行公共任務之型態亦將隨之不同，該等人員有關法制上之定位自不能沿襲過去的模式而必須有所彈性與調整，而這也是德國關於公務員之概念改變的原因之一。

本文認為，若單採「組織論」或「功能論」之見解，恐怕在認定上易滋生許多盲點與問題²⁴⁸，故應採「組織論與功能論合併觀察」，亦即「以功能論為先，組織論為後」之論點為妥。依此外聘委員身分之認定可以跳脫其非行政組織法制之公務員，但有能扮演功能性公務員之角色，但仍應視其所擔任之事務是否具有高權性質之公權力行政而定。

一般說來，國家行為大致可分公權力行政與私經濟行政，然而隨著國家任務與職能之演變，漸漸出現一些藉著兩者之間的模糊地帶，而引起這行政法上轉變者係西方先進國家之民營化風潮²⁴⁹，使得公私二分法有時難以應付這種轉變，對此，我國法制方向之研究頗為缺乏²⁵⁰。然而公權力這個概念，從早期強

²⁴⁶ 關於「民營化」之文獻請參閱黃錦堂，行政任務民營化之研究－從德國法之觀察與我國法之省思，刊於吳庚大法官榮退論文集，公法學與政治學理論對話，台北，元照 2004 年 10 月，頁 481。

²⁴⁷ 關於合作國家概念之闡述，參張桐稅，合作國家，載於翁岳生教授，祝壽論文集，當代公法新論（中），2002 年 7 月，元照，頁 550 以下。

²⁴⁸ 晚近有學者提出「刑法上個別化公務員」之概念，有功能意義的公務員概念（如妨害公務罪、偽造文書...等）、廣義功能意義（如圖利、收受賄賂）、嚴格組織意義的公務員概念（如竊佔或侵占公有財物，對於主管或監督之事務圖利），參黃榮堅，前揭文（註 71），頁 288 以下。另有學者主張，德國公務員概念雖廣但透過功能性思考來解釋公務員，但以限縮職務類型來限縮公務員之概念，參柯耀程，德國刑法公務員概念之發展與檢討－以公務員職務犯罪為詮釋核心，收於刑法公務員概念比較研究論文集 II，2010 年 4 月 24 日，頁 31～38。

²⁴⁹ Peter Cane Administrative Law (Fourth Edition), P2, Oxford University Press. (2004)

²⁵⁰ 關於民營化之法制面的研究早期有行政院研考會委託研究－黃茂榮主持，行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討（民國 80 年 3 月）；林子儀主持行政檢查業務委託民間辦理法制之研究（民國 87 年 2 月）；劉宗德主持，政府業務委託民間辦理類型及程序之研究（經建會委託，民國 90 年）；至於政策之研究則有人事行政局委託研究之，台灣透明組織協會，施能

調國家行爲之高權性，諸如警察、兵役、稅課等行政，傳統造成人民權益侵害之國家行爲，漸漸地，福利國家興起後，國家行爲已不限於此，亦逐漸有給付行政之出現，諸如社會服務行政，供給行政及提供經濟或文化政策之助長行政等，亦可包含在公權力之概念之中；晚近自 1980 年代起去國家化（或去任務化）及公共服務委外化²⁵¹之風潮影響全世界，無疑地公權力之概念亦有可能逐漸模糊，實務上最引起爭議的是國家從事政府採購行爲，其本質爲私經濟行政，但因過程中法律之規定造成了公法與私法的交融。

其次，公權力之概念是否包括給付行政，近年來因國家職能之擴張，給付行政漸受重視，但是，最高法院 80 年台上 525 號判決略謂：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行爲而言，並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行爲，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行爲²⁵²」。依此公權力之概念也包含了給付行政，涉及人民生存照顧的水電瓦斯的供給係屬「以私法方式」提供給付，在認定是否爲公共事務之公權力行爲在刑法的認定上學界仍呈現紛歧狀態²⁵³。

第二款 公務員職務罪的不法內涵與保護法益

現行刑法將公務員之身分作爲犯罪構成要件或刑罰加重之要素，背後之立論依據在於其不法內涵或所欲保護之法益不同於其他犯罪類型。外聘委員若評價爲刑法之公務員其「應罰性」與「需罰性」何在？對此自有必要探討公務員職務犯罪之「不法內涵」與其「保護法益」²⁵⁴。

傑主持，政府業務委託外包之決策模式、標準化及作業程序及契約訂定之研究（民 92 年 12 月）；台灣管理學會，建立政府業務委託民間監督機制之研究（民國 92 年 8 月）。

²⁵¹ 關於公務服務或任務之委外化即私人介入公權力之行使。

²⁵² 最高法院 80 年台上字 525 號。

²⁵³ 黃榮堅，刑法個別化公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 283 以下；林雍昇，新刑法公務員概念之再商榷，載於台灣本土法學雜誌第 102 期，2008 年，頁 192 以下、208。

²⁵⁴ 討論此議題之實益在於我國法制對於「公務員」或「公務人員」的概念並不相同，最明顯的例子是行政法制（尤其是公務人員法制）與刑法公務員之定義並不相同，爲何一個法秩序下會有不同之定義？乃在於個別法規範有其規範目的與功能不同，故其差異性即取得合理基礎。

如所週知，刑法之任務在保護法益²⁵⁵，亦即刑法並非在展現其威嚴性，而是在保護法益，處罰犯罪與保護法益具有一體兩面，公務員的職務犯罪破壞了什麼法益？由於公務員之職務犯罪涉及多數個別類型的法條，其有不同的犯罪構成要件，要以單一的法益侵害來含蓋似乎不妥，因此個別要件中之侵害行為與職務執行的特定關聯，常常取代了刑法總則對公務員的形式定義的功能，唯有透過職務行為法益侵害間的密切關聯，才能精準地界定行為人的範圍²⁵⁶。

公務員與國家之關係過去為「特別權力關係」之一種，晚近此種關係已遭揚棄，而改採「公法上職務關係」，職務罪之不法內涵在於公務人員破壞國家的忠誠關係，損及人民對政府之信賴，其不法內涵在於破壞依法執行職務並損及國家利益，以下從比較法的觀點說明如次：

第一目 德國法之發展

有關公務員職務犯罪之不法內涵，學者從德國學說之發展歸納整理出早期的義務侵害說到當前的法益侵害說，並總結當前德國刑法學界對職務犯罪之本質認為以下幾點²⁵⁷：

其一，德國經過幾十年之學說演進，於 1975 年正式告別了義務侵害論，而進入了法益侵害論的階段，亦即著重在對人民法益侵害之強度。

其二，與當時時代潮流有關，亦即民營化的時代國家引進私人參與公共任務，對於此等「私人」偶爾參與公共任務其身分之認定並非在於渠等有享有的權利或應負的義務，而係以其所從事之任務對於法益之侵害是否較一般人為高。在 1975 年的立法中將此等人納入為公務員，其改革最大的意義在於告別義務侵害論而改採取「法益保護」論。

²⁵⁵ 大谷實，刑法講義總論（新版第 2 版），成文堂，2007 年 3 月，頁 7~8；蘇俊雄，刑法總論 I（刑法之基礎理論架構及適用原則），1998 年 3 月修正再版，頁 5、17。

²⁵⁶ 柯耀程，前揭文（註 248），頁 32；林雍昇，實質的刑法公務員概念，一兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵，載於律師雜誌，第 316 期，2006 年 1 月號，頁 74。

²⁵⁷ 林雍昇，從德國法論公務員刑事責任之法實證分析，載於台灣本土法學第 132 期，2009 年 7 月 15 日，頁 76 以下；林雍昇，新刑法公務員概念與範圍之再商榷，載於台灣本土法學第 102 期，2008 年，頁 193~194；另國內關於此議題之文獻請參甘添貴，刑法公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌第 92 期，2003 年 1 月，頁 26 以下；吳耀宗，評斷刑法新修正之公務員概念，警大法學論集第 11 期，2006 年 3 月，頁 121 以下；柯耀程，前揭文（註 248），頁 30 以下。

第二目 日本學者見解

大谷實教授認為瀆職罪係公務員透過濫用職權，侵害國家或地方公共團體的立法、司法、行政活動的正常進行，公務員在履行自己職務之際侵害了國家公務之公正性²⁵⁸；此外西田典之教授認為，針對侵害國家職能的犯罪，刑法爲了保護立法、司法、行政等國家統治機能而定有妨害執行公務（參日本刑法第95條）以及受賄罪（日本第197條以下）、行賄罪（第198條），其中妨害執行公務的犯罪是從外部侵害國家機能，反之，瀆職罪是從內部侵害國家的機能，此外此些犯罪所保護的對象除了國家以外亦將公共團體作爲保護的對象²⁵⁹；再者大塚仁教授亦認為，爲了保障國家的立法、司法、行政等各作用之順利進行，刑法規定有妨害公務等罪名，其中妨害公務的犯罪其所保護的利益，不是公務員而是廣義的公務，亦即國家或公共團體之作用能順利、公正地進行，換言之其所保護的法益是「全體國民的利益」²⁶⁰。

第三目 我國學界之見解

我國刑法上有關公務員之地位向來不被重視²⁶¹，相較於其他主題之研究，文獻較少。晚近，由於刑法總則第10條第2項針對公務員之概念重新定位，而有較多的討論²⁶²，茲就我國學者之見解說明如后：

學者認為，公務員之身分亦爲身分犯之一種，而身分犯有真正身分犯與不真正身分犯之別，前者以一定身分爲構成要件要素，屬於構成身分。例如某種法益的安全，只能服務於國家各機關組織之人員，始能予以侵害，以賄賂罪爲

²⁵⁸ 大谷實，刑法各論第3版，頁381，成文堂，平成20年2月10日（2008年）。

²⁵⁹ 西田典之，刑法各論第4版，頁387，弘文堂，平成20年4月30日（2008年）。

²⁶⁰ 大塚仁，刑法概說（各論）第3版；馮軍譯，頁529～530，中國人民出版社，2003年。

²⁶¹ 林雍昇，實質的刑法公務員概念—兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵，載於律師雜誌，316期，頁69以下，2006年。

²⁶² 相關文獻請參閱，甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，頁136以下，元照出版社，2005年9月；吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警察法學論叢第11期，頁107以下、278，2006年3月；林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探—以德國法制爲「借鏡」，台灣本土法學雜誌，第103期，頁179、182，2008年2月；黃榮堅，刑法個別化公務員概念，載於台大法學論叢第38卷第4期，頁283以下，2009年12月；另外輔仁大學與台灣刑事法學會合辦之「刑法公務員概念的比較研究」學術研討論亦有不少值得參考文獻，參該次論文集，2010年4月10日、4月24日及5月2日之資料。

例其保護法益，依司法實務見解，均認為在保護公務執行的公正性。因此僅有服務於國家機關組織之人員始可能對該公務之公正性加以侵害，國家法秩序對該等人員始有高度要求保護公務之公正性及維持廉潔操守的特別義務。在界定公務員概念時，應以公務員犯罪共通的本質，即國家法秩序是否要求其服從及保護特別義務做為界定範疇的標準²⁶³。

另有學者認為，刑法公務員資格係受到國家功能與權限託付之個人藉此得以在社會中取得特殊的權力與地位，故居於該地位所實施的不法行為應較一般人，同樣行為具有較高的刑事不法內涵行為，換言之，並非行為人享有更多的權利故應負較高的義務及刑責，而是其掌握較優劣的權力以致造成法益侵害或危害的風險更高，這是以法益保護為任務而非以義務違反之懲處為目的之現代刑法觀之必然要求²⁶⁴。

第四目 本文之看法

不管從特別服從義務或法益侵害之理論，首應探究者是公務員與一般人民有何不同？傳統見解認為公務員強調「服從」因而產生「法律義務」進而為差別對待，唯晚近法制在論及公務員與國家之關係已從單方面的「權力關係」到相互權利義務之存在；若僅強調特別義務似已不符當今之思潮。

於是本文之見解認為，公務員之地位係透過國家之賦予並進而取得權力，使其在社會中之地位轉變，並令人民對之服從，因而若有違反其地位所應為之情事，係破壞國家權力之正常運作，有害國家之法益。換言之，公務員所破壞的是「國家的權力作用」，本文傾向法益侵害論之觀點。

第三款 外聘委員刑法身分之判斷

第一目 實務見解

在本論文第二章第四節第三項關於外聘委員在刑法之地位曾經檢討我國新修正刑法第 10 條第 2 項關於「公務員」之立法定義，並探討「外聘委員」可否

²⁶³ 甘添貴，新修正刑法公務員的概念，載於刑法公務員概念的比較研究學術研討會論文集 I，2010 年 4 月 10 日，頁 4~5。

²⁶⁴ 林雍昇，新刑法公務員概念與範圍的再商榷，載於台灣法學第 102 期，2008 年 1 月，頁 194。

解釋成第 10 條第 2 項第 1 款後段「授權公務員」及第 2 款之「委託公務員」。經研究，不管從任何法律解釋的角度都有其闕漏之處，從罪刑法定法律明確性之要求觀之，關鍵在於如何解釋「公共事務」「法定職務權限」，因此下述有關我國諸多外聘委員（尤其是刑事案件常出現的政府採購評選委員）是否為刑法之公務員，實務逐漸傾向認為其為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」²⁶⁵。

第二目 學界見解

對於現行刑法總則定義「公務員」之模式，一旦判斷是否成立以公務員身分為前提之犯罪，不論學說或實務一律回歸刑法總則規定以尋求解釋。專家學者參與公共事務而引發犯罪構成要件之檢驗亦復如是，但從諸多實務判決觀之似乎無法圓滿解決此問題²⁶⁶，自新刑法總則第 10 條第 2 項公務員立法定義後，學說已開始有不少質疑聲音而提出是否揚棄公務員總則立法定義之判斷，而改採其他方式（不管是解釋論或立法論）。甘添貴教授在論及公務員概念時認為，應斟酌公務員犯罪之本質，才能合理規範其合理之射程範圍，因此其對於公務員作為犯罪行為之主體與客體時，可能出現寬嚴不一的概念範圍²⁶⁷。此外，黃榮堅教授在評選政府採購中公務員之身分時指出，立法上對於公務員的統一定義，試圖解釋出單一的公務員概念，但是仍無法切中規範目的之情形，即使經歷第十六次刑法修正，對於公務員概念之定義，也未必能完全解決，晚近私人參與國家任務的各種型態引發的種種適應上的爭議，問題的解決或許有賴回歸方法論上的反思，並主張刑法規範的主要目的在於法益保護，因此從個別犯罪規定所保護之法益出發，個別解釋各該公務員要件的概念內涵，亦即決定公務員之概念係以行為的法益侵害而不是先驗的公務員概念意義²⁶⁸。另外，柯耀程教授認為公務員概念的認定，如同核爆彈一般操作不慎將炸傷無辜，故宜嚴格界定，並從公務員不法職務內涵出發，而公務員概念僅作為輔助即可；此外，

²⁶⁵ 高雄地方法院 97 年度訴字 799 號刑事判決；台北地方法院 97 年度囑訴字第 4 號刑事判決。

²⁶⁶ 最高法院 97 年度台上字 4813 號刑事判決；最高法院 97 台上字 1304 號刑事判決；台南地方法院囑重訴字第 1 號刑事判決。

²⁶⁷ 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照出版，2005 年 9 月，頁 136 以下。

²⁶⁸ 黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分－評最高法院 97 年度台上字第 4813 號等判決，刊於月旦法學第 172 期，2009 年 9 月，頁 290。

吳耀宗教授在評析刑法新修正公務員概念一文中亦提出「組織意義公務員的概括式立法模式」之建立，至於個別實際案件之具體範圍與對象，則委由司法者依據個別條文之內容與規範目的予以適當限縮，但是若採列舉式的立法模式，宜在個別犯罪條文規定，準公務員之定義²⁶⁹。又林雍昇教授介紹德國公務員之形成亦指出該國多數學說與判決面對法條文義，只能照單全收，而將公務員概念的調整寄望於個別職務犯罪條文的適當解釋上²⁷⁰。

上述學者有關個案能否判斷為刑法公務員之身分的困惑提出了本問題處理的複查性，亦即採總則的判斷模式須該當於刑法第 10 條第 2 項第 1 款及第 2 款之規定，但似乎未有十足的把握，因而在方法論上轉而尋求其他的解套方式。機關外聘委員在「現行」刑法規範之下究竟能否評價為公務員？本文認為，不能單以機關外聘委員的概念作為統包的認定，因而從本論文第四章將機關外聘委員依其參與公共事務的內涵以及其所產生的法效性及對人民權利影響之大小，綜合觀察必須有更細緻的分類與論述。

第三目 本文見解—解釋論上的嘗試

從上述之分析可知，專家學者參與公共事務可否評價為刑法總則立法定義之公務員，雖然實務上有將政府採購之評選委員和公共工程甄審委員認定為刑法公務員之例，但在解釋上仍有其困難之處，蓋可能涉及到不同法領域之間的解釋，尤其是行政法與刑法領域；不論是刑法總則第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員或同條項 2 款之委託公務員，不管從那一方面解釋都有其闕漏。

故本文認為，在解釋論的範疇中，要解決此項解釋的不確定性，唯有更精緻的類型化探討，並從其所參與之任務與侵害法益綜合觀察，亦即從犯罪類型之不法職務內涵而以總則之立法定義為輔助；此外，有一個輔助標準，即專家學者參與國家公共事務之類型很多，可否評價為該當公務員之各類犯罪，應跳脫組織意義的概念，而朝向實質參與國家公共事務在工作性質上，是否從事公共事務而具公權力行為作為判斷標準，亦即採組織與功能性之公務員概念合併觀察。若依此，參與政府採購評選委員、公共工程甄審委員、爭議裁決（如訴

²⁶⁹ 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論集第 11 期，2006 年 3 月，頁 107、278。

²⁷⁰ 林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探—以德國法制為借鏡，台灣本土法學雜誌第 103 期，2008 年 2 月，頁 179、182。

願審議)之審議委員以及參與考試閱卷命題等工作之命題閱卷口試委員因所參與的公共事務涉及公權力行爲，因爲其地位係國家所賦予並取得特殊的權力與影響力²⁷¹，應可評價爲「公務員」。另外，參與政府政策、法令之諮詢委員、調解委員、以及個案之鑑定及評鑑委員以及因公安事故而參與之調查委員，因本於其專業所提供之諮詢與參考建議，非涉公權力行使，應不可評價爲「公務員」，蓋其僅以其專業或熱心服務社會介入國家事務並分擔行政任務，爰提出本文類型化研究如次²⁷²：

表 6-2 機關外聘委員刑法身分之認定表

委員類別	類型化	刑法身分認定
諮詢委員	政府諮詢	非刑法公務員
	法令解釋諮詢	非刑法公務員
	個案意見諮詢	非刑法公務員
審議委員	參與處分作成(評選、甄審)	刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段
	公共費率(政策)審查	非刑法公務員
	計畫與規畫	非刑法公務員
爭議裁決委員	行政救濟型	刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段
	申訴	刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段
	仲裁	刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段
調解委員	含鄉鎮公所、公害、著作權、積體電路等	非刑法公務員
監督管理委員	基金管理監督運用	非刑法公務員
	特定事務監督	非刑法公務員
	公共安全監督	非刑法公務員
評鑑或鑑定委員	大學評鑑、電子遊樂、消防火災	非刑法公務員
典試委員	命題、閱卷、口試、審查、實地考試	刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段

製表／作者

²⁷¹ 例如專家學者大學教授何以可參與政府採購評選以及公共工程之甄審，此乃國家依法令賦予之職權，並具有決定的權力。

²⁷² 有關各類型所從事之任務及法效性的探討，爲避免討論之重覆，詳參本論文第四章第二節及第三節。

第三項 外聘委員非刑法公務員之思考

現代刑法思想體系，由刑法之謙抑思想出發²⁷³，而發展出具體的刑法準則，亦即罪刑法定主義、法益保護主義及責任主義三項準則，並藉以開展出刑法之任務與機能²⁷⁴。謙抑思想係指刑法之最後手段性，罰刑法定則揭櫫「無法律，則無犯罪；無法律，無刑罰」而衍生諸多之次原則，保護法益則與處罰犯罪具有一體兩面，並調和處罰之正當性；至於責任主義強調違法行為之處罰，並非僅著眼於客觀行為的法律評價，行為人主觀具體責任要素，也應一併考量²⁷⁵。上述之基本準則反映在刑法的規範結構上形成刑法的基本體系，在實證法上的解釋與論證亦應對該準則有所理解。

刑法規範係針對特定之犯罪行為（例如公務員之貪污或圖利行為）就特定的犯罪事實，經過類型化、抽象化和條文化而形諸於法條方式。相對的，法官之審判則是將某具體的案例犯罪事實找尋與其合致（該當）之刑法條文來加以適用的過程²⁷⁶。於是在審理過程中首要工作即須正確地適用法律條款。但有時該條文的構成要件用語使用不確定法律概念或概括條款²⁷⁷，在解釋適用該條文時會產生解釋不同影響罪名之成立以及刑度之高低²⁷⁸。

外聘委員之法律地位如何？當其參與國家公共事務之運作時，其身分究係專業者或公務員？由於國家引進專家學者參與公共事務之型態頗多，可能有涉及公權力之審議、執行，亦有專業者身分參與而未涉及公權力之諮詢、評鑑，但先前的思考問題是「外聘委員真的可以評價成新刑法第 10 條第 2 項各款之公務員嗎？」對於這個問題實務上似乎尚未有一致之見解，尤其是在 2005 年新刑法實施後的各級法院之刑事判決，論理過程中之立論根據更是缺乏，大多數之

²⁷³ 大谷實，刑法講義總論，新版第 2 版，2007 年 11 月，成文堂，頁 8~9。

²⁷⁴ 蘇俊雄，刑法總論 I（刑法之基礎理論、架構及適用原則），1998 年 3 月修正，作者自版，頁 3；林山田，刑法通論，2006 年 4 月 2 刷 9 版，頁 50~51。

²⁷⁵ 蘇俊雄，前揭書，頁 4~8；柯耀程，通識刑法—基礎入門十六講，台北，元照，2007 年，頁 11~13。

²⁷⁶ 林山田，刑法通論，作者自版，2006 年 4 月 2 刷，頁 141~143。

²⁷⁷ 立法者可否使用不確定法概念或概括條款，司法院於諸多解釋肯定其合法性，參司法院解釋 432 號、577 號、636 號。

²⁷⁸ 刑法解釋乃指為達成正確、運用抽象的刑法條款以科處犯罪行為之目的，探求或闡明刑法條文的正確意義。參林山田，前揭書（註 276），頁 141。

判決皆採直接援引修正理由，甚至依文解義忽略了其他相關問題之思考，本文以下將提出外聘委員非刑法上公務員之立論點。

第一款 專業人士在多元變遷社會之角色

社會分工愈細則專業人士愈多，現代社會已不似過去農業社會，同樣地國家治理模式也不是只有仰賴公務員，在多元社會中，公務員亦屬「專業」但變遷的結果則必須引進許多專業人士參與公共任務之履行，尤其行政之演變，國家行為相對化之特徵是公務員可以從事私經濟行政，而私人（專業人士）亦可以履行公權力行政，這在 1980 年代國家事務民營化後更是常見²⁷⁹。這些私人進入分擔國家事務後其身分是否會轉成公務員抑或保留其原來之身分，此攸關渠等在刑法身分之認定。

採外聘委員非刑法公務員之立論基礎在於專家學者其有自身本職之工作，諸如大學教授、專門職業技術人員（律師、醫生、會計師、建築師...等），其參與國家公共事務係本於其專業（professional）之社會服務，而社會服務不應因是否服務的對象為國家即轉變其身分，其身分仍是不折不扣的「專家」（expert），而非公務員（public service）。

身分在社會學上有其特殊之意義，一個人屬於何種組織團體之成員，其居於該社會上何種位置，與在該團體中其他成員之彼此關係，這些因素決定一個人在社會中的身分地位，因此一個人在國家機關組織有一個職位，不論其職稱如何，相較於其他不在國家機關組織中擁有特定職位之人，正已顯示出其在社會的角色²⁸⁰，例如一位國立台灣大學土木系的教授參與國家政府採購的評選，從社會上的身分角色，他（或她）的社會地位是「教授」「學者」或「專家」不會因為偶爾參與評選，其身分就轉變成公務員，除非立法部門透過立法方式將之「視同公務員」或立法明文規定為「準公務員」，問題是我國目前刑法公務員之立法定義，並非採取此種立法模式²⁸¹。

²⁷⁹ 關於專家參與國家事務因各國國情不一，以英國為例，專家（expert）參與委員會（committee）在更早之前，在 1955 年即有類似的書籍出現，其詳細描述參 K.G Wheare, F.B.A Government by Committee An Essay on the British Costitution (1955 Oxford)。

²⁸⁰ 吳耀宗，評析刑法新修正公務人員，收於氏著犯罪與法之抗制，台北，元照，2006 年 3 月，頁 67。

²⁸¹ 相對於此，日本刑法第 7 條規定：「本法所稱公務員者謂官吏、公吏，依法令從事公務之議員，『委員』及其他職員。」

第二款 立法用語不明確，造成解釋之困難

或有謂依目前我國刑法第 10 條第 2 項各款檢驗，其有可能評價成第 1 款後段之授權公務員，亦即「其他依法令從事於公共事務」而「具有法定職務權限者」，但如前所述「公共事務」之範疇為何？法定職務如何解釋將影響其身分之認定，甚至各別法官審理見解亦不相同，造成法安定性之戕害。

罪刑法定主義原則所派生之次原則之一，為「罪與刑應力求明確」此為法治國家明確性之要求，包括構成要件明確與法律效果之明確。有關外聘委員是否可以評價成刑法之公務員乃涉及犯罪構成要件之法律要件應避免「彈性擴張」而具伸縮或模糊不清的不明確概念或用詞²⁸²，在後文高雄捷運公開六標案中，即便評決成員小組收受 300 萬元，法官本於「罪刑法定主義」原則之精神亦只能無罪宣告，附帶為道德之非難謂「其人格、品德及形象，固應廣遭社會譴責或輿論譴伐，但本於罪刑法定主義原則尚難繩之於法²⁸³，亦道出了諸多無奈。

第三款 事物本質／平等原則之檢驗

外聘委員參與國家公共事務是否符合刑法「公務員」行為主體的各類犯罪，諸如收賄、洩漏秘密或圖利罪？其所侵害之法益為何？攸關其犯罪之成立，採法益侵害說或特別義務違反說可能導出不同的總論。

一般說來，採法益侵害論者認為，外聘委員介入國家公共事務，尤其是公權力行為，若有不公正或違反信賴之行為，係國家公正執行職務之法益受到侵害，故外聘委員（或其他私人）只要擔任公共任務之公權力行使，自可評價成公務員。但採義務違反論者認為公務員與國家之間基於特別的權利義務關係，由於此關係而衍生出來公務員有特別的義務以及權利，並因此有不同的責任體系歸屬，外聘委員在社會的網絡中為專家、學者、教授其權利、義務與責任自有一套法體系，並不能擇其一而適用並且從事物本質的角度亦應異其適用，否則即可能違反平等原則。

憲法第 7 條所定之平等原則，係為保障人民在法律上地位之實質平等，亦

²⁸² 林山田，刑法通論，作者自版，2006 年 4 月 9 版，頁 74；柯耀程，刑法概論，台北，元照，2007 年 4 月，頁 32～36。

²⁸³ 台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決。

即法律得依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的而為不同的規範，法律就其所定事實上之差異，亦得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定²⁸⁴。

外聘委員與公務員在社會組織的認知中本有不同的角色與地位，專家學者等外聘委員身分並非任用聘用之公務員，而係「外聘」且為「無給職」²⁸⁵與「任用」且領有「俸給」之公務員本質上即有所不同；同時基於各別法制之適用有不同的權利、義務甚至責任。舉例來說，一位律師、會計師或土木技師應聘成為「機關外聘委員」這位「律師、會計師或土木技師」，其所適用的法制為專門職業技術法規如律師法、會計師法、土木技師法等，不會因為參與公共事務而轉換成適用公務人員的法律，卻因為偶爾應聘而承擔如此大的責任，就事物本質的角度亦不公允。最明顯的差異，這些專家若違背職務，觸犯以公務員為行為主體的罪名，與一般人之「背信罪」其刑度相去甚遠。如本文將於第五項第二款所分析之「高雄捷運公開六標案」，其中「評決小組」成員之身分究係私人或公務員所適用之罪名或刑度均有不同²⁸⁶，尤有甚者，台灣目前因為專家學者、大學教授參與政府評選而接受金錢之案件亦有所聞，其中最具困擾及爭議之問題即在於這些人究竟應該如何定位？是否會因為不同的法院審理而產生各自認定的結果，此對法律適用一致性有所折損。

第四款 有關共犯之問題

若採「外聘委員」非公務員之論證模式，尚須討論者是刑法或刑事特別法（如公務員貪污治罪條例）有關共犯之問題，以甄審委員之圖利為例，若認為其並非公務員，在刑法理論上，甄審委員依然可以透過「間接正犯」概念構成圖利罪，另外貪污治罪條例對於非公務員參與公務員所謂貪污犯罪者亦有處罰

²⁸⁴ 司法院解釋 412、593、596、666 號理由書。

²⁸⁵ 一般說來，機關外聘委員皆由「機關首長」遴聘且為無給職，但領有車馬費或出席費。

²⁸⁶ 本案高雄地方法院認為被告吳○○、鍾○○收賄時已離開公職，法官認為「評決小組」是受高雄市政府委託，代市政府監督辦理公開招標之公共事務，屬刑法之公務員，因而依貪污治罪條例論罪科刑，但台灣高等法院高雄分院合議庭法官認為「高捷公司」自行辦理公開六標，評決小組委員均「非公務員身分」將一審依公務員收賄罪判刑 12 年的前工務局長吳○○改依背信罪判刑 1 年 6 個月，一審被判刑 4 年，之前交通部主秘鍾善藤判無罪，另三名「評決小組」成員維持一審無罪判決。相關判決參台灣高雄地方法院 96 矚重訴字第 1 號；台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上重訴字第 3 號。

之規定²⁸⁷。

第四項 從新歸零的思考－立法論之建議

新刑法關於公務員之定義修正後，引發實務與學理見解之紛歧，意外地也讓刑法與行政法學門有對話的空間。從學術研究的觀點，毋寧說這是值得慶幸的事。但從另一個角度，在我國現行刑事實務運作下，有關公務員之犯罪，首先須認定行為主體須具備「刑法公務員身分」，不論是新刑法第十條第二項第一款之前段、後段，抑或是第二款之規定。所成立之罪名與刑度有相當大的差異，刑法之罪刑法定主義所派生原則之一為力求罪刑明確。但修法的結果雖然在某些類型上有篩檢功能，可是另一方面也導致某些類型的不明確²⁸⁸。

與本論文研究主體有關的「機關外聘委員」究竟是否為我國刑法之公務員，如果是應該當於何種類型之公務員，本文提出如上之看法。但是亦曾如本文提出的質疑一般，這些人（機關外聘委員）果真可以評價為公務員嗎？此種見解不管從事物本質、體系正義、權利義務與多元社會下公共事務之參與等諸多理由，實有必要重新架構此等人於特定犯罪類型並加以明文規定²⁸⁹。因為如果仍然陷於「從事公共事務」「法定職務權限」²⁹⁰等法律構成要件的解釋，勢必造成法安定的衝擊並且影響當事人權利甚鉅。事實上自從新刑法施行後上下級法院已產生類似之困擾。例如公共事務之內涵為何？最高法院 98 年度台上字第 4782 號判決認為「所謂公務員，在主體的要件上，限於服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務人員，或者是依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者，或是受機關委託而從事與委託機關權限有關之公共事務者。在事務的要件上，除了服務於國家或地方自治團體所屬機關之人員外，則必須是從事於公共事務者，而所謂公共事務必須係關係公權力行為，私經濟行為並不包含在內；簡言

²⁸⁷ 黃榮堅，刑法上個別公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 313。

²⁸⁸ 相同之質疑，參程明修，刑法與行政法有關公務員概念的交錯－從行政法學的角度觀察，收錄於刑法公務員概念比較研究學術研討會論文集 I，2010 年 4 月 10 日，頁 16～21。

²⁸⁹ 例如我國刑法關於侵占罪有普通侵占罪（刑法第 335 條）、公務公益侵占罪（第 336 條第 1 項）及業務侵占罪（第 336 條第 2 項）。

²⁹⁰ 例如法定職務權限其內容依法院判決之解釋有以「法令規定之權限為基準」與「以職務列等表為基準」的不同解釋，參台灣高等法院台南分院 96 年度上訴字第 318 號刑事判決；台南高分院 95 年度上訴字第 1152 號刑事判決；最高法院 97 年台上字第 706 號刑事判決；最高法院 97 年度台上字 6616 號刑事判決。

之，修法後刑法關於公務員概念之範圍，僅限縮於與公共事務及公權力之行使相關之人員。

但另一最高法院 99 年度台上字第 285 號判決則指出不同的觀點認為，就修正之理由言，具有法定職務權限之公務員，在其所從事公共事務範圍內之事項，並不以涉及公權力為必要，雖本質上屬私經濟行為而兼與公共事務有關者，亦包括在內，是故對於這樣的擔心並非無中生有，而是有實務上操作結果的驗證。

第一款 立法論的背後理論思考

對於機關外聘委員可否評價成為我國現行刑法公務員之概念已如前述。但不容否認，因為機關外聘委員所參與行政機關之任務與功能不一，如果涉及國家權力運作之公正性與廉潔性且具有實質決定力者，此等人員其行為所侵害的法益實與一般公務員無異，此時應將評價為公務員。但其行為若係本於專業的介入，多元與專業為社會發展趨勢，不管其委任的是來自於國家或人民都必須等同看待者，若只因委任者的不同而必須將這些人另行評價為「公務員」如此與事物本質似有所違。

一般而言，一個行政機關內所設立的委員會，其所要處理的事務自是公共事務。是故本文認為，公共事務並非判斷刑法公務員身分的唯一基準，毋寧說其參與之行為是否破壞或侵害了刑法所要保護的法益，而有予獨立類型化的必要。因為公共事務的履行本來就不是公務員所獨佔，晚近更因為國家治理模式的轉變，擔任公共事務之履行者除了公務員以外還有私人的參與，而這些私人身分的認定（尤其是否與一般傳統依法考銓及格的公務員分別看待或等同視之），本來就應該依其行為所侵害的法益而有所不同，是故在不同類型的外聘委員中，若用統一的概念含括並不妥當。

如上所述，公共事務之履行非公務員所獨佔而係可由私人參與²⁹¹，以本文所研究的「機關外聘委員」所參與的機關委員會為例，其成員依法令可能包括機關之公務員²⁹²、機關外聘委員²⁹³，機關之公務員本來就是公務員，但機關外

²⁹¹ 私人參與行政機關公共事務有依法令而參與者，如機關外聘委員依政府採購法參與政府採購評選；另有主動介入公共事務之履行如晚近常有私人檢舉違規行為促使機關發動公權力者，另有志工、義工加入機關之服務行列者。

²⁹² 事實上經常服務於機關的公務員，依行政法學的分類有文官、武官、政務官、事務官、聘用人員、約僱人員、臨時人員等，這些人員係經常在機關之內從事公務任務。

聘委員本來不是公務員，若因為依法令參加機關任務之履行，要評價為公務員的話，基於體系正義與事物的本質之考量²⁹⁴，應該受到平等原則的檢驗，否則與原來的公務員就應該要有所差別。因而在犯罪類型上可思考獨立出來介於一般人與公務員中間的類型，並考慮賦予不同的刑度，如此方符合平等原則。經過這一層檢驗才可以解除機關外聘委員並無如公務員之權利與福利，何以責任的課予卻與公務員相同之質疑；同時亦可回應多元化專業分工下的責任課予。

因為，在多元與專業社會的變遷下，國家任務的履行勢必有愈來愈多的改變。學者指出²⁹⁵，國家行為的相對化，管理眾人之事不再由國家機關片面壟斷，亦可由私人「承擔」今日屬於公務員的瀆職罪未來亦不過是背信罪的一種，刑法分則亦可能重新架構普通背信罪與公務背信罪，外聘委員以私人身分參與公共事務未來應可朝向其所參與之行為破等法益加以成立獨立類型，而跳脫解釋論的糾纏。

第二款 可能的立法模式建議

鑑於新刑法公務員概念正式施行以來，學理上對於公務員概念之認定產生了不少歧見，同時實務上操作的結果也發生不少認定上的困難。本文無力處理整個公務員的概念²⁹⁶，僅能限縮在「機關外聘委員」是否可以評價成刑法之公務員這個爭點上。由於本論文第四章將機關外聘委員類型化的結果可知，雖同受機關所遴聘的外聘委員，依其所從事公共事務之任務、功能以及所產生之法律效果各不相同；同時復因參與之性質與侵害的法益亦不同，因此應有更細緻的分類與結論。從比較法觀點，雖然德國刑法²⁹⁷與日本刑法²⁹⁸對於類似我國的機關外聘委員均認為係刑法上之公務員。但須清楚的是，德國與日本有關公務員之職務犯罪刑度並不高，與我國對公務員之貪污行為動輒符合「貪污治罪條

²⁹³ 此即本論文研究的部分，此種人員大都依法令且具有各種法定原因而進入國家機關，換言之，其因任務而參與，但與一般經常性之公務員不同，只有「任務」來才參與。

²⁹⁴ 有關體系正義與事物本質之實務，參司法院解釋 455 號、485 號、555 號、596 號；內涵請參李惠宗，憲法要義，台北，元照，2004 年，頁 124~126。

²⁹⁵ 許玉秀，前揭文（註 226），頁 119~120。

²⁹⁶ 因為現在學界與實務有關國營事業員工、公立醫院醫師、替代役、自來水事業處員工等是否為刑法公務員尚有不少的爭議。

²⁹⁷ 有關德國公務員概念之介紹，請參柯耀程，前揭文（註 248），頁 29 以下。

²⁹⁸ 板倉宏，刑法各論，頁 292，勁草書房，2004 年；大谷實，刑法講義各論，成文堂，2007 年，頁 343；山中敬一，刑法各論，成文堂，頁 711。

例」之刑度相較差異甚大²⁹⁹。因此本文認為有必要對不同的機關外聘委員依其參與委員會之類型以及其所參與之行爲將重要的犯罪類型予以獨立規範，但此僅爲立法上初步之建議，核先說明。

如前所述，在所有委員之類型中，因其所參與之行爲性質與侵害法益不同。在解釋論之範圍中，依其參與行爲之性質本就可以爲不同的類型化，但實務經驗發現在上下級法院甚至同級法院之間也會有相左的看法。本文的看法是「明文化是杜絕爭議的最好方法」，依此本文提出下列幾種可能的立法模式建議僅供參考。

第一目 總則之立法模式思考

一般而言，法典化的過程中有總則與分則的結構，而將分則共通的概念，形諸於總則有減輕負擔、操作簡便、易於檢驗與穩定的功能³⁰⁰。以刑法爲例，我國刑法分則有關犯罪類型不少以「公務員」爲犯罪主體者³⁰¹，在判斷構成要件時是先判斷行爲主體是否爲公務員，再判斷其所爲之行爲是否爲刑法所欲歸責的行爲。晚近亦有刑法學者認爲，若對於刑法所評價的對象重新加以思考，行爲如脫離行爲人，則行爲將變得毫無意義，於刑法中根本不存在無行爲人之行爲，是以刑法固然以展現在外造成侵害事實的行爲，作爲主要評價的核心，但對於行爲原生體的觀察仍攸關著對於行爲判斷的關係³⁰²。

從實證經驗發現，機關外聘委員中有關參與處分作成之政府採購與公共工程甄審外聘委員，因涉及收取不當金錢而遭起訴或法院審理中案例不少，此等外聘委員因其參與行爲涉及國家公正廉潔法益之破壞。依本文見解，此類型之外聘委員應將之列爲刑法公務員³⁰³。至於總則的立法模式可以參考日本現行刑法第七條第一項之規定：「本法所稱公務員者係指國家或地方自治團體之職員及

²⁹⁹ 另有關貪污治罪條例相關問題之探討，參柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，收於氏著刑法的思與辯，台北，元照，2003年，頁419以下。

³⁰⁰ 程明修，前揭文（註288），頁10～11。

³⁰¹ 諸如刑法第121條第1項不違背職務之受賄罪；第131條第1項公務員圖利罪...等。

³⁰² 柯耀程，論行爲主體於構成要件定位問題，收於氏著刑法的思與辯，台北，元照，2003年，頁206～207。

³⁰³ 黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分—評最高法院97年度台上字第4813號判決，載於月旦法學第172期，2009年9月，頁287以下；黃榮堅，刑法上個別化公務員之概念，載於台大法學論叢第38卷第4期，2009年12月，頁312～315。

其他依法令從事公務之議員、委員和其他職員」，其中日本刑法所稱之「委員」，即日本審議會之非常勤委員，亦即類似我國機關外聘委員。但日本法之委員範圍甚廣。本文進一步主張我國外聘委員可以成為公務員概念者僅限於「參與處分作成」之審議委員如公共工程甄審委員以及政府採購委員，以及掌理準司法之爭議裁決委員。此乃由於其所從事之事務具有實質決定權力以及類似司法之裁決在公正與廉潔之要求上與公務員無異。至於諮詢委員（含政策諮詢、法令諮詢與個案諮詢）以及調解委員³⁰⁴、調查委員、評鑑及鑑定委員以及監督管理委員，有本於專業之熱心之參與，應該排除在刑法公務員概念之外。

因之，我國機關外聘委員若要採日本總則之立法模式，亦應與日本在範圍與類型上有所不同，而須於立法理由中予以明示或排除之說明。爰將修正條文及理由如次：

表 6-3 公務員修正條文及修正理由表

修正條文	修正理由（針對外聘委員部分）
刑法第 10 條第 2 項第①款：本法所稱之公務員係指國家或地方自治團體之職員及其他依法從事公務之議員、委員和其他職員。	一、由於原條文之依法令、具有法定職務權限、從事公共事務於解釋上易滋生困擾，爰修正用語。 二、本款所稱之委員係指參與行政處分作為之審議委員如政府採購委員、公共工程甄審委員以及爭議裁決委員。至於以提供專業參與之諮詢委員、調查委員、調解委員、評鑑委員、鑑定委員及監督管理委員則排除在刑法公務員概念之外。

製表／作者

第二目 分則上之思考

我國實務上對於公務員犯罪類型之適用順序是，首先認定行為人是否為「公務員」；若是則再判斷是否該當於刑法分則或刑事特別法的犯罪類型。但由於機關外聘委員是否為刑法總則概念的「公務員」，因銓釋立法定義時，因各學門間的認知互異有不同見解的情形。因此亦有學者認為，若從刑法規範目的決定構成要件的定義、要說刑法公務員概念可以有一個皆準的定義，其機率幾近於零³⁰⁵。基此，吾人是否可以另闢途徑，從刑法分則個別的犯罪類型所保護法益出

³⁰⁴ 調解委員在日本刑法教科書常作為說明之事例，但在我國調解僅係行政指導性質、公權力之決定性格並不強烈。

³⁰⁵ 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁

發探討機關外聘委員獨立為犯罪類型之可能性，並加以明文立法，如此才能有效解決身分認定之爭議，並制定合於規範目的的犯罪處罰條文。機關外聘委員本非傳統服務於國家或地方自治團體之人員，而是因特定公共事務，國家或地方機關有需要引進專家學者參與履行公共事務，其模式是在行政機關底下成立一個委員會，成員則包括機關內職員（通常為高級文官）、以及機關外成員，即外聘委員，這些人雖然在現行法律解釋下可能評價為刑法公務員（例如政府採購外聘委員、公共工程甄審委員），但有關公務員概念之掌握仍無法達到精準，造成爭議。因此以下本文將從我國現行刑法分則有關犯罪規定出發，探討機關外聘委員是否該當於刑法分則犯罪類型之公務員，抑或是提出折衷的看法，以區隔經常服務於國家或地方自治團體之公務員與非經常參與公共事務之外聘委員在刑法犯罪處罰上做不同之處理。簡言之，除了總則的立法模式修法外，亦可考慮在現行刑法分則中對機關外聘委員可能的犯罪中以折衷立法方式加以明定。以下本文將以機關外聘委員可能觸犯的犯罪類型，揀擇出幾項犯罪類型做為探討的對象，核先說明。

從實證的角度，機關外聘委員，尤其是政府採購之評選委員或公共建設之甄審委員所涉及之犯罪以貪污治罪條例之收受賄賂罪（含違背職務與非違背職務³⁰⁶）及圖利罪（含對於主管監督及非主管監督之事務³⁰⁷）為主。對於公務員職務犯罪之行為究竟應適用貪污治罪條例或是刑法？學者認為應取決於職務犯罪的類型，即職務上創設不正利益之行為，包括刑法第 121 條不違背職務之賄賂罪、第 122 條違背職務之賄賂罪及第 131 條的圖利罪，亦即如果是貪污行為應適用「貪污」治罪條例，其他純粹職務違背的類型則適用刑法³⁰⁸。2006 年 5 月 30 日貪污治罪條例修正第 2 條其犯罪主體改為「公務員」，故解釋上其犯罪主體之認定應與刑法第 10 條第 2 項有關公務員之概念一致。

因此，在現行法制下，如果外聘委員可以解釋成刑法之公務員，則毫無例外的對於賄賂與圖利罪大都會轉向貪污治罪條例而架空刑法之適用。其刑度之

287。

³⁰⁶ 貪污治罪條例第 4 條第 5 款及第 5 條第 3 款。

³⁰⁷ 貪污治罪條例第 6 條第 4 款及第 5 款。

³⁰⁸ 但可惜的是現行貪污治罪條例亦將非屬純粹職務犯罪類型納入其中，相關評述參柯耀程，貪污治罪條例在適用上之評估與檢討，收於氏著刑法的思與辯，台北，元照，2003 年，頁 430～431。

重可比普通刑法之殺人罪。本文前曾提及對於外聘委員與傳統考銓之公務員基於事物本質與體系正義似乎應該有所區隔。但在現行實務運作之下卻有可能形成，外聘委員是刑法公務員最後卻適用貪污治罪條例。

於是本文贊同多數學者的呼應，將貪污治罪條例廢除而回歸普通刑法的適用。但在普通刑法瀆職罪章中針對特殊類型的外聘委員，如上所述之政府採購、甄審委員以及爭議裁決委員納入準公務員之概念，甚至在刑度上都可以一併考量與一般公務員而所有區別³⁰⁹。以下本文僅擇幾類犯罪類型討論之：

一、收受賄賂罪

機關外聘委員是否為收受賄賂罪之主體？首先應就收賄罪所保護的法益加以說明。我國刑法分則第四章瀆職罪中設有收賄罪（刑法第 121、122 條），其所保護之法益在於防止國家權力作用遭到破壞、腐蝕有害國家生存之權益。同時為讓國家機關得以正常運作發揮功能，公務員應廉潔公正的依法執行職務³¹⁰。

在外聘委員之類型中包括政府採購評選委員、公共工程甄審委員以及職司爭議裁決之外聘委員，依法執行國家公共事務之評選、甄審與爭議裁決，其所從事之事務無異於公務員。國民期待與信賴該等人員應公正廉潔地執行職務，故從職務保護法益之角度，上述該等外聘委員應評價為刑法上之公務員。

我國刑法收賄罪³¹¹尚可分為不違背職務與違背職務之收賄罪，刑度亦有所不同（前者為七年以下有期徒刑；後者為三年以上十年以下有期徒刑³¹²）；但觀之德國刑法之規定刑度顯然差異甚大。此或係國情不同但亦有可供我國思考之處。依德國刑法第 331 條規定職務收賄罪（Vorteilsannahme），該條係規範公務員或於公共事務具有義務之人，法官或仲裁人對於職務行為為要求、期約、收受利益（賄賂）者。其法定本刑規定，對於一般公務員及於公共事務具有義務之人，為三年以下自由刑或罰金刑；而對於法官或仲裁人，則為五年以下自由

³⁰⁹ 在我國刑事政策的擬定常受到媒體的影響，以死刑為例即引發相當大的爭議，公務員之收賄刑度應如何，諒在學者、人民、媒體、主政者心態都有不同的考量。

³¹⁰ 有關收賄罪所保護的法益，學說有不同說，大別而言有三：其一，保護公務員職務執行之廉潔性；其二，保護公務員執行職員之公正性；其三，保護國民的信賴；相關論述參林山田，刑法各罪論（下），修訂 5 版，作者自印，2006 年，頁 139；李茂生，新修公務員圖利罪芻議，載於月旦法學雜誌第 91 期，2002 年，頁 163；黃榮堅，前揭文（註 305），頁 317～318。

³¹¹ 此處不討論貪污治罪條例之適用，核先說明。

³¹² 此相較於貪污治罪條例之特別規定，貪污治罪條例對於違背職務之收賄罪刑度為無期徒刑或十年以上有期徒刑（§4 ⑤），不違背職務為七年以上有期徒刑（§5 ③）。

刑或罰金。」此外在第 332 條則規定：「違背職務的收賄罪（Bestechlichkeit），該條係規範公務員或公共事務具有義務之人，法官或仲裁人對於違背職務行為或預為違背職務行為為要求、期約、收受利益（賄賂）者。其法定本刑規定，對於一般公務員及於公共事務具有義務之人，為六個月以上五年以下自由刑。其情節較輕微者，則處三年以下自由刑或罰金刑；而對於法官或仲裁人，則為一年以上十年以下自由刑。其情節較輕微者，則處六個月以上五年以下自由刑³¹³。」

本文認為，政府採購之評審委員、公共工程甄審委員以及處理爭議裁決之外聘委員由於其職務之要求在於其能公正廉潔地執行職務，同時國民對之期待與信賴，有必要將之解釋為我國刑法收賄罪之「公務員」，但從立法論的角度可以透過「準公務員」之方式，於第 121 條第 3 項及第 122 條第 5 項增訂「依法參與政府採購評選、公共工程甄審及爭議裁決之外聘委員，犯本條之罪，以公務員論³¹⁴。」

二、圖利罪

我國刑法分則第四章除收賄罪以外尚有規定圖利罪³¹⁵（刑法第 131 條），上述外聘委員可否成為本罪的犯罪主體？首先須從圖利罪所保護的法益觀之，圖利罪所保護的法益，在於依法行政與利益之公正分配。是故欲判斷上述外聘委員是否為「公務員」之概念必須從刑法個別規範目的本身去判斷³¹⁶。

刑法第 131 條規定：「公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金。犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」本條係民國 90 年 11 月 7 日與貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4、5 款同時修正。本條為以「明知違背法令」、「直接或間接

³¹³ 柯耀程，德國刑法公務員概念之發展與檢討－以公務員職務犯罪為核心，收於刑法公務員概念的比較研究學術研討會論文集Ⅱ，2010 年 4 月 24 日，頁 33。

³¹⁴ 此外，對於行政實務上，本文有一建議亦即，對於此等外聘委員刑法上之身分，遴聘機關於聘任之時應予上述委員教示其身分之說明。

³¹⁵ 相對於此，我國貪污治罪條例第 6 條第 4 款及第 5 款亦有針對主管或監督之事務及非主管或監督之事務之圖利罪設有規定，關於此立法之批判，參柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析收於氏著刑法的思與辯，台北，元照，2003 年，頁 37 以下。

³¹⁶ 黃榮堅，前揭文（註 305），頁 309、311。

圖自己或其他私人不法利益」、「因而獲得利益」等為要件，使圖利罪犯罪構成條件臻於具體、嚴謹。對已往認為一有所圖而未得利為未遂犯或圖利於國庫者，均不再處罰。然而修正之後對於「明知違背法令」之「法令」究何所指，意義不夠明確，98年4月22日，已先就貪污治罪條例第6條第1項第4款修正為：「對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」第5款修正為：「對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」

針對本條將「法令」之概念以詳列之方式固值肯定，但其中之「職權命令」在行政法上之爭議不少，未來修改刑法時應一併予以檢討。

本文認為，刑法之任務在於保護法益，上述外聘委員，其所參與之國家任務。不論是採購評選、公共工程甄審以及爭議裁決，其目的均在維持國家事務之公正與公平原則，是故若對於國家事務之公正與公平有所侵害的話，亦可能成為本條的犯罪主體，本文建議於刑法第131條第3項增訂「依法參與政府採購評選、公共工程甄審及爭議裁決之外聘委員，犯本條之罪，以公務員論。」

三、公務員登載不實罪

刑法第213條不實登載公文書罪之成立，除客觀上公務員在職務上所掌之公書有虛偽不實之登載行為，且足以生損害於公罪或他人外，其主觀上須明知為不實，且在職掌範圍內應登載或得登載之事項³¹⁷。其犯罪之主體為職掌製作公文書之公務員。

機關外聘委員於從事甄審、爭議裁決事務時所掌之文書若有登載不實，可否成為本罪之犯罪主體？本文認為，從本條所保護之法益在於要求公務員在其職務上之公正與正確性，外聘委員在從事上述事項時與公務員之要求無異。德國關於公務員之職務犯罪類型，亦有公文書虛偽登載罪，該國刑法第348條規定，公文書不實登載（Falschbeurkundung im Amt），該條係規定公務員於其職

³¹⁷ 最高法院69年台上字第595號判例；最高法院95年台上字3355號刑事判決。

務所執掌的公文書，關於法律重要事項為虛偽的登載，或是於公共統計、簿記或資料為虛偽之登錄或註記。其法定刑為五年以下自由刑或罰金³¹⁸。

本文認為上述外聘委員解釋上亦可評價為我刑法第 213 條之「公務員」但為明確以杜爭議，爰建議於我國刑法第 213 條第 2 項增訂「依法參與政府採購、公共工程甄審以及爭議裁決之外聘委員，犯前項之罪，以公務員論。」

四、洩漏職務上秘密罪

侵害國家機密的行為，主要有三種類型³¹⁹：其一，屬於外患的洩漏秘密；其二，屬於瀆職罪的洩漏秘密；其三，屬於妨害公務的洩漏秘密罪（妨害考試罪）。本文所討論者限於瀆職罪的洩漏秘密罪³²⁰，我國第 132 條規定：「公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」本條有別於刑法第 109 條之洩漏國防秘密罪在於犯罪主體是否為公務員。

機關外聘委員，尤指上述之甄審、爭議裁決外聘委員是否可以評價為本罪之犯罪主體？外聘委員參與政府部門之招標、甄審事宜常有洩漏評選甄審或將爭議裁決透漏給第三人知悉之情形，而證諸實務此等委員最要遵守的規範即「保守職務上的機密」，假如其所擁有的資訊輕易讓第三人察看或知悉，將嚴重侵害職務之公正性，因此上述外聘委員應可評為本條之公務員。爰為明確起見建立於刑法第 132 條第 4 項增訂：「依法參與政府採購評選、公共工程甄審以及爭議裁決之外聘委員，犯本條之罪，以公務員論。³²¹」

³¹⁸ 柯耀程，前揭文（註 313），頁 34~35。

³¹⁹ 林東茂，刑法綜覽（六版），台北，一品，2009 年，頁 2-100~2-101。

³²⁰ 於此應注意者係大學教授擔任考選部典試、閱卷、口試委員若將試題或評閱情形洩露，使發生不正確結果，將成立刑法第 137 條之妨害考試罪。

³²¹ 依學者之見，德國洩漏職務秘密罪規定於德國刑法第 353 條 b，本條規定之行為主體有三：(1)公務員，即具有職務關係之人；(2)對於公共職務具有特別義務之人；(3)具有人團團體代理權之任務與權責之人，違法將其職務所知悉之秘密，予以洩漏，致生危害於重大公共利益者，其法定本刑為五年以下自由刑或罰金刑。如係過失所犯者，則處一年以下自由刑或罰金刑。又如對於聯邦成立或邦之立法機關之決議或其委員會之決議，而有保密義務者；或是基於其他公務機關所為之明示告知應保守秘密者，其無權將所持有秘密洩漏者，致生危害於重大公共利益者，處三年以下自由刑或罰金刑。參柯耀程，前揭文（註 313），頁 35。

第五項 本土案例之考察與評述

刑法自 2005 年修正並自 2006 年 7 月正式施行以來，引發實務案件爭議最多者莫過於「刑法公務員」之身分認定³²²，過去以「依法令從事公務之人員」作為認定標準被質疑過於寬泛已如前述，修正後採身分公務員、授權公務員以及委託公務員之方式雖較具體，但由於構成要件使用之文字不免有爭議，例如刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「從事公共事務」而具有「法定職務權限者」，從法律解釋學的角度有不同的方法³²³，但其解釋之結果將影響犯罪成立與否以及刑度之高低，對於被告人權影響甚鉅，是故本文將透過本土案例之考察，並就我國實務之見解及困境提出分析與評述。

第一款 南科高鐵減震工程案

第一目 案例事實

行政院為解決高速鐵路列車行經南科所引發之振動問題，90 年 3 月 9 日成立評估專案小組，由前國科會副主任委員 A 負責，後因國科會所提出之高鐵橋墩跨距由 30 公尺縮減為 6 公尺之減振方案，不為臺灣高速鐵路股份有限公司（下稱臺灣高鐵公司）所接受，經行政院跨部會協調後，於 90 年 5 月 18 日指示由國科會成立專案小組，研議解決振動方案，前副主任委員即因此而辭職，時任國科會主任委員之 B 即指派由另一位副主任委員 C 負責督導，進行上開減振工程之招標準備作業，C 並於同年 6 月聘用其大學同學 D 出任國科會減振工作小組顧問。C 於 90 年 12 月間，指示南科管理局開發籌備處，以限制性招標方式與中華顧問工程司簽訂「臺南科學園區高鐵減振工程委託專案管理計畫」作為其專案管理的廠商。

國科會於 91 年 4 月 16 日成立減振工作小組，由已 C 擔任召集人，是日召開會議由會議主席 C 作成以下結論略以：「2、南科減振工程預訂於 5 月下旬正

³²² 此處資料係以台灣法學雜誌刑法實務選輯中分析，自 2006 年 1 月～2009 年 12 月。

³²³ 法律解釋之方式有文義解釋、體系解釋、當然解釋、反面解釋、擴張解釋...等；參李惠宗，案例式法學方法論，新學林，2009 年 10 月，頁 232 以下；楊仁壽，法學方法論，三民，2005 年 4 月 10 刷，頁 117 以下；Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南，2008 年 6 月，頁 225 以下。

式公告招標，6月底完成投標廠商服務建議書審查及第一階段工程之決標。

國科會並於91年6月4日召開評選委員會第一次會議，由會議主席C作成結論略以：「...因本工程的複雜性、專業性、國際性，請評選委員依專業、專門知識以公平、公正的原則評審。如有應行迴避的情事應告知本會。」嗣經中華顧問工程司提出相關規劃建議及經國科會減振工作小組多次研議，本已於91年7月間決定採『一階段大統包』方式，即以單一工程案對外辦理招標作業，並於91年7月31日，由C所主持之減振工作小組第5次工作小組會議結論：「決定預定於91年8月公告招標，於同年10月初評進行減振工法測試」。本案並遴聘七位專家學者擔任評選委員，在「規劃服務標」採最有利標之評選過程中，檢察官認為「外聘委員」於評選過程中有未依法令不法圖利廠商之嫌，並認為七名專家自91年6月間起擔任台南科學工業園區減震工法規劃技術服務業之評選委員，均為受國家依法委託從事與委託機關職權有關公共事務之公務員³²⁴。爰依貪污治罪條例第6條第4款公務員圖利罪提起公訴。

第二目 判決要旨（針對外聘委員身分）

本案檢察官認為專家學者等七名外聘委員為貪污治罪條例之公務員，但台南地方法院基於以下幾點理由認為「外聘委員」並非公務員，茲說明如次³²⁵：

一、受委託承辦公務之人須有職權及權力方屬於公務員

從刑法第10條第2項第2款及修正前「貪污治罪條例第2條後段規定觀之，必以所委任者為該機關權力範圍內之公務，或受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任範圍內得行使行政主體之權力者為限，若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生之私法上權義關係，因委任者並非機關權力範圍內之公務，受任者亦不因而享有公法上之權力，尚不能謂為受公務機關委託承辦公務之人員。」，最高法院92年台上字第672號裁判意旨足資參照。據此，貪污治罪條例之犯罪主體，以公務員為限，而受公務機關委託承辦公務之人，須因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受

³²⁴ 在檢察官的起訴書中將此等專家學者身分之外聘委員，當作修正後新刑法第10條第2項第2款之「委託公務員」，而依貪污治罪條例起訴即前提渠等人員為刑法「公務員」。

³²⁵ 由於本件判決書多達89頁，被告人數甚多身分亦不一，此處僅摘錄與本文研究有關的專家學者評選委員作為討論之對象，標題為作者所下，核先說明。參台南地方法院96年囑重訴字第1號判決。

任之範圍內得行使行政主體之權力者，該受任人方屬於公務員。

二、外聘之評選委員僅係提供專業意見之行政助手

「評選委員」之職稱，見於政府採購法第 56 條規定：「．．．評選結果無法依機關首長或評選委員會過半數之決定，評定最有利標時，得採行政協商措施，再作綜合評選，評定最有利標。」，同法第 94 條：「相關辦理評選，應成立五人至十七人評選委員會，專家學者人數不得少於三分之一，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其及相關機關建議之」，評選委員乙職，依評選委員會組織準則除評選委員本身本來即具公務員身分擔任公職者外，均屬外聘、無給職之學者專家，評選委員會並不能以委員會之名義對外行使職權，並非得獨立行使職權之機關，又評選結果採行多數決、合議制，評選委員就其專業領域進行專業判斷建議以提供行政機關參考³²⁶，且機關亦得透過行政協商作最後之決定，故評選委員會並無受委託承辦該機關公權力範圍內之職務，亦無因而享有公務上之職權及權利主體之身份，僅係提供相關專業意見供行政機關參酌諮詢，充其量僅屬「行政輔助人」，亦即係在行政機關指示下，協助該機關處理行政事務之助手（行政助手）與委託行使公權力不同。

三、評選結果建議是否採納國科會有行政裁量權

被告等擔任南科減振工法規劃技術服務案評選委員乙職，係屬外聘、無給職之學者專家，乃就被告之專業領域進行專業判斷建議，評選出符合行政院國家科學委員會採購需求之較優廠商；且本件評選委員會，並非採購行為之主體，並無受委託承辦機關公權力範圍之職務，亦未因而享有公務上之職權及權利主體之身分，評選委員會所評定結果建議是否被採用，仍屬國科會之行政裁量權。因本件緣於高鐵 BOT 案，是其性質實較近於私經濟契約而非涉及公法上委託行使公權力之行政契約，被告並無行使公權力之身分。

四、評選委員之權利未如公務員身分及福利上之保障

被告等之擔任評選委員，身份屬外聘且無給職之學者專家，有在公共工程委員會網站學者名單，或在國科會網站人才庫之研究人才名單內，且為在減振

³²⁶ 「採購評選委員會辦理廠商評選，應就各評選項目、受評廠商資料及工作小組初審意見逐項討論後為之。評選結果應簽報機關首長或其授權人員核定」，機關異質採購最有利標作業須知第 4 點規定。

之研究方面世界頂尖之學者。況評選委員係採多數決之議決方式，只是各依本身之專業知識合議評選出條件較佳之工法，是否決標之權仍在行政機關，故評選委員並無受委託承辦該機關公權力範圍內之職務，亦無因而享有公務上之職權及權利主體之身份，僅係提供相關專業意見供行政機關參酌諮詢，充其量僅屬「行政輔助人」而已，確與受委託行使公權力不同。且評選委員每次出席會議僅領取車馬費而已，平時並未受有如同公務員身分及福利上之保障，公訴人認評選委員為受行政機關委託行使職務之公務員，容有所誤。

五、小結

公訴人雖認被告等評選委員，均為受國家委託依法從事與委託機關職權有關之公共事務之公務員，惟如上所述，渠等僅係民事上之委任、非受託承辦公務，受委任者不能具有公法上之權力，即無行使公權力之身分，縱有犯罪行為，仍不得為貪污治罪條例之犯罪主體，不能適用該條例處斷。據此，評選委員會非屬刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員，從而擔任評選委員之被告亦非受行政機關委託行使職務之公務員，自無適用貪污治罪條例處斷之餘地。

第三目 評析

對於專家學者外聘委員之法律地位，實務之認定顯然有差異，此固源於對法律構成要件用語解釋見解之不同，但作為論證之理由亦有出入，本文爰評析如次：

一、評選委員既非行政委託亦非行政助手

(一)評選委員是否依法委託之公務員³²⁷？

行政法學與行政程序法上有私人受託行使公權力之制度，受託人在受託範圍內得以自己名義行使特定之行政權限。學者認為³²⁸國家欲將「公權力委託予私人」須有作用法之授權而非依「私法契約」否則即非所謂之「依法令從事公務之人員」；行政助手又稱「行政輔助人」係在機關指示協助該機關處理行政事務（包括公權利之行使）性質上係機關之輔助

³²⁷ 刑法第 10 條第 2 項第 2 款「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託從事與委託機關權限有關之公共事務」此即學理所稱之「委託公務員」。

³²⁸ 黃啓禎，國家賠償法，李建良、林三欽、陳愛娥、林合民、黃啓禎等合著，行政法入門，台北，元照，2005 年，頁 657～658。

人力，並非獨立之官署或具有自主之地位，輔助者亦非公務員法上之公務人員³²⁹。

上述兩者概念之區辨可從執行事務之獨立性以及對外名義加以區別，首先受託行使公權力在執行業務具獨立並得以自己名義，至於行政助手雖亦協助行使公權力，但仍居於工具受支配之地位並具聽命行使並無自主之決定權。

本案，檢察官認為評選委員係受國家「依法委託」從事公務事務之公務員³³⁰，依修正理由所示，「因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故參考國家賠償法第 4 條第 1 項之規定」顯見，檢察官認為評選委員係「受委託行使公權力之人」但此種見解顯然誤會「受委託行使公權力」之概念，因為評選委員雖本於其專業自主評選，但並非以委員會之名義對外行使職權。換言之，無以自己名義，而係以行政機關名義，故評選委員非受委託行使公權力之人，僅係以其專業參與國家業務之履行而已，況且公權力委託因改變部分管轄依有作用法之授權，此點與評選委員由首長遴聘亦不相同。

地方法院判決雖認為評選委員「並無受委託承辦該機關公權力範圍內之職務，亦無因而享有公務上之職權及權利主體之身份」，但卻隨之論述「……僅係提供相關專業意見供行政機關參酌諮詢，充其量僅屬「行政輔助人」而已，平時並受有如同公務員身分及福利上之保障，公訴人認評選委員為受行政機關委託行使職務之公務員，容有所誤。」本文對於判決之結論固予贊同「評選委員非受行政機關委託行使職務之公務員（刑法第 10 條第 2 款）」但對於其論證「評選委員」為「行政助手」則未敢苟同，爰評述如次：

1. 專家學者外聘委員是否行政助手？

首先，地方法院判決認為，評選委員僅係提供專業意見供行政機關參酌諮詢，充其量僅屬於行政輔助人（行政助手）？如本論文第四章第二節所述，外聘委員類型不一，有提供政策或個案諮詢之諮詢委

³²⁹ 吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），作者自版，2007 年，頁 191。

³³⁰ 刑法第 10 條第 2 項修正理由五（94.02.02）。

員，有參與個案評選之評選委員與甄審委員。而政府採購之評選委員事實上在採購過程中「並非」僅係「諮詢參考」而已。就評選之結果，除非特殊情況，否則首長不會任意更改評選結果，是其乃具有實質決定力而非僅供參考。

其次，法院判決援引行政法上「行政助手」（行政輔助人）作為論證理由，反而暴露出判決中對行政助手概念之缺乏理解³³¹。蓋行政法學上「行政助手」係受指示支配之工具，評選委員本於專業獨立自主對於個案作出評選，那來的受指示或支配？否則專家學者豈不成了「橡皮圖章」？

2. 報酬僅係輔助說明不得為主要論證

判決中同時論及「評選委員每次出席會議僅領取車馬費而已，平時並未受有如同公務員身分上及福利上之保障³³²」不應將其身分認為係機關委託行使職務之公務員。事實上，依行政程序法第 16 條第 3 項之規定：「委託所需之經費，除另有約定外，由行政機關支付」，此固然可做為論證「評選委員並非受委託行使公權力」之觀點，但專家學者外聘委員在實務運作上本為「無給職」且寓然有「榮譽職」之意味，故仍應回歸相關要件之檢驗為宜。簡言之，評選委員其實是介於受託行使公權力及行政助手中間的獨立類型，亦即行政法學上所稱的專家參與，至於其是否為刑法公務員，依本文上述分析關鍵在於其是否屬於第 10 條第 2 項第 1 款後段之「其他依法令從事公共事務具有法定職務權限」，亦即學理所稱之「授權公務員」。

二、評選委員是否為我國刑法上之公務員？

要討論專家學者評選委員參與採購評選其身分或從事之職務是否可以評價為刑法之公務員，首先必須就修正前後公務員之立法定義（參刑法第 10 條第 2 項各款）加以分析方能掌握問題之核心，如前文分析，修正前實務對公務員身分認定之不公，修正後仍有未盡明確之處，外聘評選委員並非修正後刑法第 10 條第 2 項第 2 款之「委託公務員」³³³，唯一可能進一步討論者係是否為第 10

³³¹ 本文作者推理，此大概係受到被告律師所提理由影響。

³³² 事實上這個論點也是應然面覺得不公平之處。

³³³ 當然外聘評選委員亦非修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款「前段」之公務員。

條第 2 項第 1 款後段之「法定職務權限其他依法令從事公共事務，而具有法定職務權限」之公務員？

外聘評選委員從事國家採購之公共事務，於相關法令上大都會有該委員會之任務或職權（或職掌），做為其參與公共事務之依據。但於此值得探究者，最高法院判決認為³³⁴「須有法令規定之權限為準據（如公務人員任用法第 6 條之職務列等表）究應如何解釋？此種解釋將影響公務員身分之成立與否。

我國刑法公務員身分之認定與日本相同係採立法定義方式，然由於文字使用在解釋上呈現不明確之情形，導致解釋不同即影響罪責之成立。

我國機關外聘委員並非傳統依公務人員法制（即文官）之公務員，只因其參與之事務為公共事務，復因個別組織法（或作用法）對之職權（權限）設有規定，而直接認定其為具有「公務員」身分，論以「以公務員為犯罪主體」之罪（如貪污治罪條例、違背職務、收賄罪、圖利罪等），然而我國刑法及特別刑法（如貪污治罪條例）之所以「公務員」為犯罪主體之罪係為澄清「吏」治，整肅「官」箴，但是機關外聘委員係「專家學者」怎麼介入公共事務就成為「官」或「吏」呢？如果依形式判斷將機關外聘評選委員認定為「公務員」而直接依公務罪相關罪責論處，是否過於武斷，在解釋論³³⁵或立法論上可否有另一個空間？有必要進一步思考。

再者，從機關評選外聘委員之權利觀之，傳統法制下之公務人員經國家或地方自治團體依法任用後，即與國家成立「特別法律關係」（現改稱公法上職務關係），從俸級、退休、身分保障均有一套完整的制度，反觀「機關外聘委員」其遴聘具有榮譽職之意味，但在權利上僅有微薄之「車馬費」、「出席費」或「審查費」或機關首長於年節的犒賞禮品，除此之外與公務人員之權利（含福利）比較，可謂天壤之別，卻因其參與公共事務運作，即將之身分轉為「刑法上之公務員」罪責與制度而課予較重之刑罰，此是否符合公平，尚有檢討之空間。

然而，由於外聘委員之類型不一，其所參與之事務亦不同，本文認為應以其工作之性質是否行使國家公權力之行爲，有無可能對國家法益造成侵害而做

³³⁴ 最高法院 97 年台上字 706 號刑事判決。

³³⁵ 例如在不同之法領域之間，法律概念應否做不同的解釋，此涉及到法學方法論之認識，而此問題剛好橫跨行政法與刑法之解釋饒富研究價值。

更細緻之分類，而非以單一概念統包³³⁶，評選委員參與採購評選階段，可以選出廠商應屬公權力³³⁷行爲，而其權力與地位（評選委員）係由國家所賦予，並取得具有決定廠商的權力，依此政府採購之評選委員有可能評價爲現行法下刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，而非刑法第 10 條第 2 項第 2 款之「依法委託」之委託公務員。

第二款 高雄捷運公開六標案

第一目 案件事實

根據台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號及高雄地方法院 94 年度矚重字第 5 號刑事判決所述之事實³³⁸，本文整理如次：

一、背景概述

高雄市於民國 68 年 7 月間改制爲直轄市，其後人口逐漸增加，交通運量亦隨之日益成長，行政院因而於 77 年 8 月間指示高雄市政府著手研究興建大眾捷運系統之可行性，高雄都會區捷運之發展遂依四階段進行，第一階段爲從高雄捷運研究規劃之初至對外公告招商止之期間，此即爲決策期間，第二階段爲對外公告招商至簽訂合約日止之期，此即爲議約期間，第三階段爲簽訂合約日經交通部核准之開工日起算 6 年止之期間，此即爲興建期間，第四階段爲核定全線通車營運開始日起算 30 年止之期間，此即爲營運期間。

二、法律依據

本案所涉及之事實爲第二階段，88 年 2 月 1 日高雄市政府捷運工程局（下稱高雄市捷運局）辦理「徵求民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案」公告招商作業揭開序幕，嗣於 88 年 3 月 12 日高雄市政府修正「民間參

³³⁶ 晚近，有學者針對總則式定義公務員之方法論提出質疑而認爲是否爲刑法公務員之身分應採個別化之概念，此亦提供學界另一個思考空間，相關文獻，參黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，載於台大法學論叢，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 286。

³³⁷ 最高行政法院 93 年度裁字 625 號認爲（政府採購），關於招標、審標、決標行爲均係執行公權力之行爲。

³³⁸ 本案件事實是作者依據台灣高雄地方法院 94 年度矚重字第 5 號刑事判決及台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決，爲節省篇幅（判決書近百頁），本案之分析重點將聚焦在五人評決小組之身分究竟是否爲刑法上之公務員抑或僅爲一般之專家參與，標題爲作者所設定整理。

與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設先期計畫書」陳報行政院，並建議依「獎勵民間參與交通建設條例」第 25 條及「政府對民間機構參與交通建設補貼利息或投資部分建設辦法」第 9 條第 1 項第 2 款之規定，將政府投資部分併同交由民間投資者承建為宜，行政院經濟建設委員會乃於 88 年 5 月 21 日以都(88)字 2289 號函復行政院秘書處及高雄市政府，針對本案將由民間參與投資興建營運，提供高雄市政府 5 點意見，並於函中第四點載明「至於非自償部分併交由民間機構辦理乙案，請高雄市政府依『獎勵民間參與交通建設條例』之規定辦理」，行政院復於 88 年 6 月 4 日同意核定「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設先期計畫書」及修正之主時程案，對於非自償部分新台幣（下同）1047 億 7000 萬元併交由民間機構辦理，同意依「獎勵民間參與交通建設條例」³³⁹規定辦理。

三、政府甄審過程

高雄市捷運局為進行上述第二階段之選商作業程序，乃成立「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案」甄審委員會，指定時任高雄市捷運局局長丁○○為該委員會執行秘書，嗣經甄審委員會及專業工程顧問公司人員進行甄選作業後，於 89 年 5 月 10 日第 5 次甄選會議中評定高雄捷運股份有限公司籌備處（投標團隊包括「高捷運輸企業聯盟」、「高雄捷運公司籌備處」、「港都捷運公司籌備處」），以「總建造經費 1722.6 億元，政府出資部分為 1047.7 億元，特許公司自有資金 304.9 億元，政府辦理事項經費 370 億元，自償率 22.36 %」條件，獲得最優申請人之資格，特許期間 36 年（含興建及營運期間）。

四、簽定之興建營運合約

高雄市政府乃依據行政院於 89 年 5 月 21 日核定之「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設先期計畫書」，於 89 年 6 月間開始與高雄捷運股份有限公司（下稱高雄捷運公司）展開議約，並於 90 年 1 月 12 日與高雄捷運公司簽訂「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設興建營運合約」（下稱「興建營運合約」），約定政府投資範圍工程經費為 1047 億 7000 萬元，民間投資

³³⁹ 有關引進民間參與公共建設之法律依據有本案之獎勵民間參與交通建設條例，本條例制定於民國 84 年，僅適用於「交通建設」，嗣後於民國 89 年又制定「促進民間參與公共建設法」適用於國家所有「公共建設」，當然亦包括交通建設，本法簡稱（促參法），爾後（民國 89 年）有關 B.O.T 之案例，大都依促參法之規定辦理，核先說明。

範圍工程經費為304億9378萬8000元。嗣高雄捷運公司依興建營運合約第8.1.7條：「乙方（高雄捷運公司）於本計畫第二階段所提出之『徵求民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案』報價書中要求『政府投資額度』項目減去新台幣600億元之差額，乙方同意以本合約工程經費標中至少與該差額等值之『工程項目』（成本中心）依本合約第8.1.8條之方式執行」。

五、評決小組（即五人小組）之設立來

該合約之8.1.8條：「乙方應配合評決小組依本合約附件C1.2之規定，自行興辦興建階段公開之招標作業。評決小組共5至7人由雙方共同組成，其中甲方（高雄市政府）指定之成員應超過半數」之約定，辦理「政府投資範圍工程經費（即1047億7000萬元）減去600億元之差額（447億7000萬元）部分工程」之公開招標作業，此即外界所稱之「公開六標」。

六、評決小組成員之指定及職掌

高雄市政府嗣為辦理「公開六標」工程發包，由前市長謝長廷分別於91年5月21日指定時任高雄市捷運局局長周○○、前高雄市政府工務局局長吳○○（91年5月20日辭工務局局長職務）擔任「評決小組」委員，復於91年5月30日委派前交通部主任秘書鍾○○擔任「評決小組」委員，與高雄捷運公司指派之副董事長陳○○、總經理賴○○由該5人共同組成「評決小組」，依「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案評決小組組織章程」第2條規定，其職掌為：(1)依興建營運合約附件C1.2.3條公開招標作業程序之規定，審定招標文件及招標公告。(2)依興建營運合約附件C1.2.3條公開招標作業程序之規定，評決開標之結果及決標。嗣於91年6月6日「評決小組」召開第一次委員會議，推選鍾○○為召集人，且同日召開之第二次及嗣後召開之各次評決小組會議，亦均由鍾○○擔任主席，上開公開六標於91年6月7日公告招標，於91年8月19日截止投標。

七、評決過程中成員遭涉不法之指控

(一)吳○○與鍾○○部分

在決評過程中評決委員之吳○○與鍾○○兩人涉有不法情事即收受廠商之前金與後謝，經檢察官起訴認為吳○○有洩漏底價且收受賄賂；鍾○○亦知明該筆款項係得標廠商為答謝幫助得標之賄款，認為吳○○

係依據法律從事公務之人員，對「違背職務之行爲」收受賄賂。鐘○○依據法律從事公務之人員「對於職務上之行爲，收受賄賂」依貪污治罪條例提起公訴³⁴⁰。

(二)周○○、陳○○、賴○○部分

檢察官認爲，被告周○○、陳○○、賴○○係高雄市政府與高雄捷運公司簽訂上開「興建營運合約」後，依該合約第 8.1.8 條之規定所組成之公開六標評決小組成員，而公開六標等事務之處理，本屬執行公權力之行爲，高雄捷運公司則依興建營運合約受高雄市政府委託辦理「公開六標」工程發包作業，因而係受國家、地方自治團體所屬機關委託，從事與委託機關權限有關之公共事務機構³⁴¹，是以被告周○○、陳○○、賴○○均係受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，具有刑法上之受委託公務員身分。被告周○○、陳○○、賴○○對於其等所主管或監督之上開公開六標之事務，共同基於直接或間接圖自己或其他私人不法之利益之犯意聯絡，而涉嫌有貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利等罪嫌。

第二目 判決要旨（針對評決小組成員身分）

針對上開事實檢察官原依貪污治罪條例提起公訴，案經地方法院與高等法院判決，地方法院認爲被告等五人具備刑法第 10 條第 2 項第 2 款公務員之身分，其中鍾○○、吳○○依貪污治罪條例論處；其餘周○○、陳○○、賴○○等三人因罪證不足獲判無罪，二審因認五人評決小組之身分並非刑法上之公務員，無法適用貪污治罪條仵而僅吳○○改依刑法背信罪論處，鍾○○因未違背職務改判無罪，另周○○等三人仍維持一審無罪判決，現高雄高分檢仍上訴中，茲就一二審針對五人評決小組是否爲刑法修正後之公務員身分之認定說明如次：

³⁴⁰ 貪污治罪條例除共犯外，其適用之前提是「行爲主體須爲刑法上之公務員」。

³⁴¹ 「評決小組」之職掌依「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案評決小組組織章程」第 2 條規定爲：(1)依興建營運合約附件 C1.2.3 條公開招標作業程序之規定，審定招標文件及招標公告。(2)依興建營運合約附件 C1.2.3 條公開招標作業程序之規定，評決開標之結果及決標。

一、高雄地方法院之看法

(一)鍾○○、吳○○部分

1. 身分之認定

評決小組之成立所依據之組織章程，即係高雄市政府與高雄捷運公司雙方當事人經以行政契約之方式約定，負責執行高雄市政府監督高雄捷運公司在辦理公開招標作業程序之任務編組，就此而言，評決小組中由高雄市政府指派之委員均應認係受高雄市政府之委託代為執行高雄市政府監督辦理公開招標作業此公共事務之人員，有受託公務員之身分，自屬新刑法所稱之公務員，又因鍾○○、吳○○擔任評決小組委員於行爲時本爲舊刑法及貪污治罪條例所稱之依據法令從事公務之人員，亦同爲修正前刑法所定之公務員，因此，不論依修正前或修正後之規定，被告鍾○○、吳○○2人均屬貪污治罪條例第2條所規定之人員。

2. 所犯罪名

鍾○○、吳○○爲依據法令從事公務之人員，核被告鍾○○所爲，係犯貪污治罪條例第5條第1項第3款(行爲法,92年2月6日修正)之對於職務上之行爲收受賄賂罪，被告吳○○所爲，係犯同條例第4條第1項第5款之對於違背職務之行爲收受賄賂罪及刑法第132條第1項之洩漏國防以外機密罪。

(二)周○○、陳○○、賴○○部分

1. 身分之認定

公訴意旨略以：被告周○○、陳○○、賴○○係高雄市政府與高雄捷運公司簽訂上開「興建營運合約」後，依該合約第8.1.8條之規定所組成之公開六標評決小組成員，而公開六標等事務之處理，本屬執行公權力之行爲，高雄捷運公司則依興建營運合約受高雄市政府委託辦理「公開六標」工程發包作業，因而係受國家、地方自治團體所屬機關委託，從事與委託機關權限有關之公共事務機構，「評決小組」之職掌依「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案評決小組組織章程」第2條規定爲：①依興建營運合約附件C1.2.3條公開招標作業

程序之規定，審定招標文件及招標公告②依興建營運合約附件 C1.2.3 條公開招標作業程序之規定，評決開標之結果及決標。是以被告周○○、陳○○、賴○○均係受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，具有刑法上之受委託公務員身分。

2. 所犯罪名

高雄地方法院雖認為周○○第三人為委託公務員，但無其他之積極之證據，足以證明被告周○○、陳○○、賴○○第 3 人有何公訴意旨所述之圖利公開六標投標廠商之犯行；核之上開法條及判例之意旨，被告周○○、陳○○、賴○○第 3 人上開之犯罪尚屬不能證明，自應為無罪之諭知。

二、高雄高分院判決要旨

高雄高分院對於評決小組成員之身分之認定有以下幾點：

(一) 評決小組之職掌係來自於「私法契約」

評決小組組織章程係源自興建營運合約（註：高院認為係私法契約），評決小組組織章程之最重要內容即評決小組之職掌及評決小組之組成，與興建營運合之約定並無不同，是評決小組組織章程，只是興建營運合約下之附帶或補充合約，而非獨立合約，且其性質，仍同興建營運合約，屬民事、私經濟、私法性的契約。評決小組並不因該評決小組組織章程之簽訂，而質變為公法上為執行高雄市政府法定任務性編組。

被告鍾○○、吳○○、周○○等三人，就其係受高雄市政府指定之評決小組成員一情固不爭執，被告陳○○、賴○○就其二人為高雄捷運公司指定之評決小組成員亦坦承不諱。惟按修正後刑法第 10 條第 2 項第 2 款受委託公務員之定義為：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，所謂「依法委託」係指其委託為法令所容許。準此，倘高雄市政府依「法」委託，須有明確之「法令」依據。本案之公開六標，並不適用政府採購法，已如前述，而興建營運合約及評決小組組織章程，亦僅是私法契約，並非「法令」，尚難作為高雄市政府委託之法令基礎。另觀興建營運合約第 8.1.7 條約

定，公開六標之辦理係基於高雄捷運公司之同意，自非依據任何形式之法令。況依興建營運合約第 8.1.8 條約定，公開六標之招標作業，應由高雄捷運公司「自行辦理」，顯見高雄捷運公司並非受高雄市政府依法委託者。從而，評決小組，顯非高雄市政府依法委託而組成至明。準此，被告鍾○○、吳○○、周○○、陳○○、賴○○等評決小組成員，更非受高雄市政府依法委託之公務員，應可認定。

(二)評決小組係依「私法契約」而非「依法委託之公務員」

刑法於民國 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行，修正後之刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段所定「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限」之人員，即學理上所稱之身分公務員。此類型之公務員，著重於其身分及所執行之職務，祇須具有法定職務權限為公務員職務範圍內所應為或得為之事務，即應負有特別保護義務及服從義務，不論該項職務是否為涉及公權力行使之公共事務，均屬之。而同條項第 1 款後段所謂之授權公務員、第 2 款所稱之委託公務員類型，必須係從事於公共事務，且與公權力之行使有關者，始足當之，至若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生之私法上權義關係，因所委任者並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，尚不能謂為受公務機關委託承辦公務之人。即修正後刑法關於公務員概念之範圍，僅限縮於「與公共事務及公權力之行使相關之人員。」³⁴²可見就「委託公務員」，必須係從事於公共事務，且與公權力之行使有關者，始足當之。至若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生之私法上權義關係，因所委任者並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，尚不能認為受公務機關委託承辦公務之人。本件興建營運合約為私法契約，嗣高雄市政府與高雄捷運公司雙方之權利義務皆按照興建營運合約之約定，而為私經濟關係，再就興建營運合約之履行，高雄捷運公司僅是私

³⁴² 貪污治罪條例第 2 條原規定「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同」，亦於 95 年 5 月 30 日配合刑法之修正而修正公布為「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」，同自 95 年 7 月 1 日起施行，並與刑法採同一之公務員定義（最高法院 98 年度台上字第 267 號判決意旨參照）。

法契約中之一方當事人，而非行使公權力之機關。而評決小組就公開六標之評決，既屬興建營運合約之履行事務，亦應屬私經濟行為之一部分，故評決小組成員自亦非執行高雄市政府公共事務，且亦無行使公權力可言。評決小組之工作，僅是就系爭六標公開招標，審定招標文件及招標公告，以及評決開標之結果及決標，並未取得公權力主體，亦無公權力之行使，更無法作出行政處分，其決標且尚須經由高雄捷運公司董事會通過後，由得標廠商與高雄捷運公司簽約，並無法直接對外發生效果，益見評決小組成員非受委託公務員，應可認定。

(三)從遴聘之依據與過程

依公訴意旨所示，被告周○○當時為高雄市政府捷運局長，被告鍾○○為前交通部主任秘書，被告吳○○為前高雄市政府工務局長。其中被告周○○固屬「身分公務員」，惟被告鍾○○、吳○○二人，當時或已退修或已離職，均已非屬「身分公務員」至明。而被告周○○、鍾○○、吳○○三人，雖為高雄市政府依「興建營運合約」推派出任評決小組委員，並函高雄捷運公司，然高雄市政府本府並未發函通知、未發聘書、未發函或其他任何文件予指示如何執行評決小組委員職務、未召集以會議或簡報方式指示如何執行評決小組委員職務、未通知參加評決小組歷次會議、未支付擔任評決小組委員之審查費、出席費及差旅費；而係從高雄捷運公司受通知出任委員、受通知出席會議、受簡報相關事宜、受領審查費、出席費、差旅費等顯見被告周○○、鍾○○、吳○○三人出任評決小組委員及行使評決小組權限，並非來自高雄市政府授權或委託，而係受高雄捷運公司委託。本件高雄市政府指定被告周○○、鍾○○、吳○○擔任評決小組成員，乃係依據高雄市政府與高雄捷運公司所簽立之興建營運合約之約定，而非依組織法或行政法之授權；本件公開六標既經行政院公共工程委員會函釋不適用政府採購法，評決小組所行使之評決事務亦僅屬民間挑選分包廠商之私法關係，並非「公共事務」或「公權力之行使」，顯然不符合前述「委託私人行使公權力」之規定。

高雄市政府指定被告周○○、鍾○○、吳○○之行為應屬「推薦」性質，而高雄捷運公司之評決小組，本非屬高雄市政府組織架構內之一環，故高雄市政府指定被告周○○、鍾○○、吳○○，並非授予公權力

之內部組織行為至明，仍須經高雄捷運公司同意後，始與該公司發生擔任評決小組之民事委任關係，應可認定。

(四)小結

本案被告鍾○○、吳○○、周○○、陳○○、賴○○等人，就本件受高雄捷運公司委託辦理「公開六標」評決事務之本質，均非修正後刑法及貪污治罪條例所指受政府依法委託執行公務之人員，自不構成貪污治罪第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務收受賄賂罪或第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪及同條例第 6 條第 5 款之圖利罪。另被周○○、告鍾○○、陳○○、賴○○等人，均屬受高雄捷運公司委託處理事務之人，並無任何證據足認被告周○○、陳○○、賴○○等三人有何意圖為自己不法之利益；雖被告鍾○○有不法意圖，事後收受戊○○交付之現金 300 萬元，然並無積極據足認被告鍾○○、周○○、陳○○、賴○○等人，於處理系爭「公開六標」評決事務有何違背其任務，致生損害於高雄捷運公司利益之情形，亦不構成刑法第 342 條第 1 項之背信罪。至於被告鍾○○身為評決小組委員，事後收○○交付之 300 萬元一節，其人格、品德及形象，固應廣遭社會譴責或接受輿論譴伐，但本刑法「罪刑法定主義」原則尚難對之繩之以法。

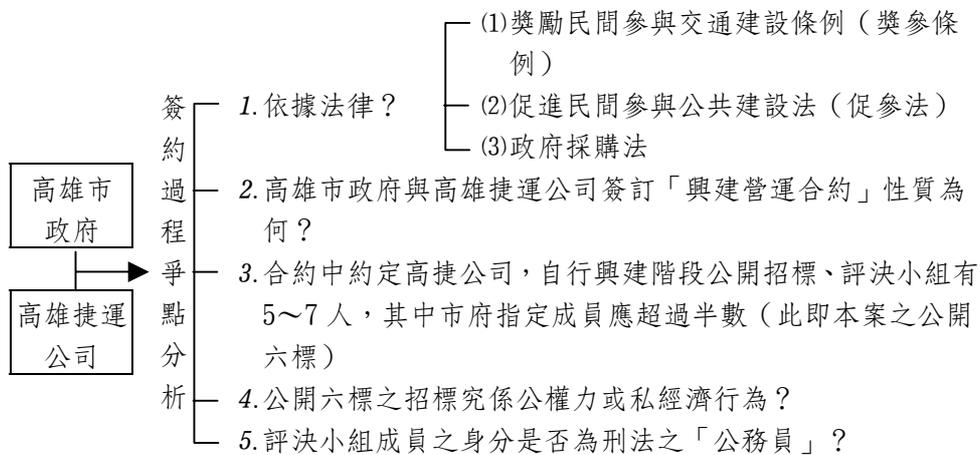
第三目 判決評析

一、本案爭點整理

本案是政府與民間合作的公共建設案件，由於國家治理模式之變遷，政府引進民間參與公共建設（含交通建設），施行伊時法制規範多途，以致引起法律適用，契約定性以及參與人員身分定位不清之爭議，實務見解在上下審級間因所適用之法律觀點不同，亦造成結果差異甚大。以本案為例，地方法院認為評決小組成員係刑法第 10 條第 2 項第 2 款之「委託公務員」但高等法院卻持否定見解。但身分認定之結果攸關被告權利義務與責任，此問題又涉及各學門，尤其是刑法與行政法概念交錯，本文先將可能涉及主題之爭點，整理如次並圖示於后：

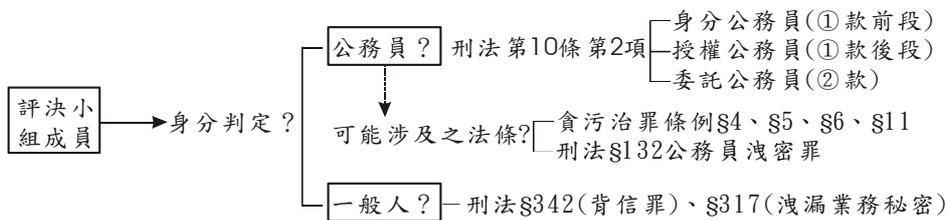
(一)本案之高雄市政府與高雄捷運公司所適用之法律為何？

- (二)高雄市政府與高雄捷運公司所簽定之「興建營運合約」性質為何？究係「行政契約」還是「私法契約」³⁴³？
- (三)依興建合約而成立之「評決小組成員」如何產生？其屬性為何？
- (四)評決小組之公開六標之評決究係「公權力行為」或「私經濟行為」？
- (五)評決小組（即五人小組）成員之身分為何？是否為公務員？若為公務員應屬何種公務員？是身分公務員（刑法第 10 條第 1 項第 1 款前段）？授權公務員（同法第 10 條第 1 項第 1 款後段）或委託公務員（第 10 條第 2 項第 2 款）？若非公務員其可能涉及為犯罪為何？



製圖／作者

圖 6-3 高雄捷運公開六標案簽約過程爭點分析圖



製圖／作者

圖 6-4 高雄捷運公開六標案評決小組成員身分判定圖

³⁴³ 有關興建合約之性質，高雄地方法院認為是「行政契約」而高雄高分院認為是「私法契約」，參高雄地方法院 94 年度矚重字第 58 號刑事判決及高雄高分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決。

二、本文之看法—本案評析

本案之司法程序雖尚未終結，然其中觀點，事涉刑法修正後公務員之概念，以及如何清楚界定行政法上行政委託（受託行使公權力）、行政助手（Verwaltungshelfer）諸多概念之交錯，同時在傳統「統治」之概念下，政府以公權力管理公共事務並承擔決策的成敗責任，晚近並不強調「統治」之概念而改以「治理」代之，根據治理的理念，國家並非唯一權力中心，地方政府、非政府組織、社區組織、私人企業也被賦予權力，政府扮演協調者之角色³⁴⁴，因國家任務給付型態之改變，引發原本國家擔任給付角色轉由民間參與，例如台灣高鐵公司加入公共交通運輸，民間經營高速公路收費站（E.T.C）此等私人介入國家事務後，公私之間的界線與責任也因而趨於模糊，私人角色如何定位，以及參與者是否即可評價為公務員等疑義，逐漸浮現。

晚近，隨著現代多元社會之來臨，國家行政活動頻繁，傳統官僚難以負荷，為因應分工化、專業化的時代，在法制的設計上常有延聘相關專門職業技術或專家學者加入處理相關業務，除了賦予一定功能外，並課予相對應之義務與責任，而此等專業人士在參與行政事務時，究係法律義務之單純履行者？抑或屬於依法律被授權行使公權力之委託人（Beliehene）？我國新刑法於 95 年 7 月 1 日正式施行對於「公務員」之概念做了大幅修正，然修正後之公務員除了傳統依法任用之公務員外（刑法第 10 條第 2 項第 1 款），並參考貪污治罪條例第 2 條後段及國家賠償法第 4 條第 1 項，即「受公務機關委託承辦公務之人」「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同」而訂定第 2 款：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託、從事與委託機關權限有關之公共事務者」如何解釋本款攸關行為人刑度之高低與法律之適用，於新法施行之際，實有進一步辨明之必要。

（一）本案法律之適用與釐清

隨著全球政治經濟趨勢的轉變，法治國家思想所建構出來行政法的概念也產生了變化，伴隨福利國家之發展，人民要求國家給予福利之呼

³⁴⁴ Asha gupta, Beyond Privatization, P18~21 (New York U.S) 2000; E.S.Sanas, Privatization and Public-Private Partnerships, P21~23 (New York U.S) 2000。

聲逐漸浮出，尤其以給付行政與計劃行政之興起更是明顯，相對地造成國家龐大的負擔。基此，因國家任務過度負擔使得國家財政及人力無法滿足這種趨勢，因此有民營化的呼聲。

民營化(Privatization)還不是一個學界統一的名詞，於相關文獻(含公共行政與法律學者)之論述中有「私人化」、「私部門化」、「公私伙伴關係」、「公私協力合作」、「政府業務委託民間經營」等不一而足之名詞³⁴⁵，但簡單地說，它是指減少政府的角色行動，或是私人部門在活動或資產的增加，廣義來說，它可以界定為依賴更多民間機構，更少依賴政府，而透過民間與政府之協力來達成公任務，故公共部門與私人部門都扮演重要角色，這啓開了合作國家的國家模型³⁴⁶，也就是說可以從國家活動的角度來看國家治理的模式，已經浮現出公私協力的方式。在台灣，關於民營化法制之討論，是晚近這幾年的事情³⁴⁷，是故從公共政策的角度及法律思維觀點有著截然不同的面向。

一般說來，民間參與政府業務(或稱政府鼓勵民間參與)有以下幾點說明³⁴⁸：

首先，從經濟之角度，委外業務可提高民間參與投資，創造就業機會，帶動經濟成長。此外，為持續公共股，有必要持續建設，從政府財政的角度政府業務委外有開源節流之效果。然而晚近國內幾項民間參與之公共建設却傳出人謀不臧及制度設計不良之情事，導致民眾對此制度之質疑，本文認為有必要對民間參與公共建設相關法制作一簡要之理解與說明。

我國於民國 89 年 2 月總統公布「促進民間參與公共建設法(以下簡

³⁴⁵ Young-Chool Choi, The Dynamics of Public Service contracting-The British experience, P15~16 (England) 1999。

³⁴⁶ 關於合作國家概念之闡述，參張桐銳，合作國家，載於翁岳生教授祝壽論文集，當代公法新論(中)，台北，元照，2002年7月，頁550以下；另外公私協力，請參詹鎮榮，民營化與管制革新，台北，元照，2005年9月，頁5以下。

³⁴⁷ 台灣關於民營化相關法制之研究，有黃茂榮主持研究行政業務委託民間辦理可行性及其範圍探討(民國80年，行政院研考會委託研究)；林子儀主持研究，行政檢查業務委託民間辦理法制之研究(民國87年2月，行政院研考會委託研究)；劉宗德主持，政府業務委託民間辦理類型及程序之研究(民國89年4月)；另外於民國91年2月7日國立台灣大學法律學院與人事行政局合辦，政府業務委託民間辦理相關法制問題之學術論文研討會。

³⁴⁸ Qwen E. Hughes, Public Management and Administration P52~54 (England) 1998。

稱促參法)第1條規定:「為提昇公共服務水準,加速社會經濟發展促進民間參與公共建設,特制定本法」,促參法公布實施後各主管機關辦理民間參與公共建設之作業,應依促參法辦理,促參法未規定者,適用其他有關法律之規定(§2);同時依促參法核准民間機構興建營運之公共建設,不適用政府採購法之規定(§48)。然依同法第47條規定,參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議,其異議及申訴,準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。

但是本案所適用之法律係較促參法更早的「獎勵民間參與交通建設條例」(以下簡稱獎參條例),而非「促參法」³⁴⁹;另外政府採購與「獎參條例」與「促參法」是「互斥的」二者性質並不相同,但只有救濟程序是準用,此不可不辨。

(二)高雄市政府與高雄捷運公司所簽訂之「興建營運契約」性質為何?

關於 B.O.T 契約之性質學界之爭議在於其究係私法契約或行政契約?此涉契約之定性,亦為行政法上爭議不決之問題,茲就學說爭議說明如次:

1. 私法契約說:

(1)有學者認為公法契約與私法契約之區別,若凡涉及重大勞務採購或工程建設(如公共建設),因涉及國際交往性,且私法已有相當之發展,宜界定為私法契約³⁵⁰。

(2)促進民間參與公共建設法第12條規定:「主辦機關與民間機構之權利義務,除本法另有規定外,依投資契約之約定;契約無約定者,適用民事法相關之規定。

投資契約之訂定,應以維護公共利益及公平合理為原則;其履行,應依誠實及信用之方法。」從法規之目的觀之似乎傾向私法契約。

(3)以 B.O.T 介入公共工程主要係借助民間企業經營之效率,若解釋為行政契約,可能擴大政府之介入,與 B.O.T 本意不合,蓋民間參與

³⁴⁹ 事實上民國89年2月總統公布「促進民間參與公共建設法」後已取代先前之獎勵民間參與交通建設條例。

³⁵⁰ 黃錦堂,行政契約法主要適用問題研究,載於行政契約與新行政法,台灣行政法學會主編,2002年6月,頁74。

之目的即在某種程序上去國家之干涉（Deregular）故宜定性為私法契約。

2. 行政契約說：

- (1) 有學者認為，像 B.O.T 投資契約，其公私法屬性之引發爭議，絕非事出無因，因其內容龐雜，究是一個或數個契約，往往難以判斷，即便形式上是數個契約，但往往有主從之分，則主契約與從契約究應分開定性或一體定性，也可能仁智互見。B.O.T 投資契約中行政所承擔的給付義務主要是給予經營特許、允諾取得土地或變更地目，就其內容觀之，無非涉及公權力之行使，且其份量很難說屬契約中不重要的一部，所以依傳統判準，傾向於行政契約說³⁵¹。
- (2) 從 B.O.T 之基本法，促進民間參與公共建設法第 52 條及第 53 條對於營運期間之重大事故，行政機關得採取諸多措施，諸如命其改善，停止興建營運或強制接管等手段與行政程序法第 146 條及 147 條行政契約之調整相當³⁵²。

3. 本文看法：

B.O.T 之特許契約究係為公法或私法契約？首應回歸公法與私法契約之判斷基準，學說固有契約主體說、契約標的說、契約目標說等基準，本案，從 B.O.T 之興建目的觀之，其係為促進公共建設之早日完成，同時引進私人資金從事國家建設自具有高度之公益。

其次，在 B.O.T 之相關法規中，如獎勵民間參與交通建設條例及促進民間參與公共建設法，從其內容觀之，在民間公司於興建、營運過程中發生特殊事故，此時國家公權力得予介入監督，並可運用「強制接管」³⁵³或「強制收買」³⁵⁴均具有公法性質之契約。從上述論點 B.O.T 特許契約似應解為行政契約較妥³⁵⁵。

³⁵¹ 許宗力，雙方行政行為—以非正式協商、協定與行政契約為中心，載於新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集，台北，元照，2002 年 9 月，頁 279。

³⁵² 江嘉琪，E.T.C 契約之公私法性質爭議—以台北高等行政法院 94 年停字第 122 號裁定與 94 年訴字第 752 號判決為中心，載於台灣本土法學 81 期，2006 年 4 月，頁 113。

³⁵³ 獎勵民間參與交通建設條例第 43 條及促進民間參與公共建設法第 52 條。

³⁵⁴ 獎勵民間參與交通建設法第 44 條。

³⁵⁵ 台灣實施民營化時間尚短，雖偶有爭議但僅限於法令適用，迄至 2006 年 2 月 24 日台北高等

(三)公開六標之評決成員身分之判斷

評決成員之產生攸關往後法律性質之觀察，依判決事實之認定，評決委員中之吳○○、鍾○○、周○○係由高雄市政府指派，而陳○○、賴○○則為高雄捷運公司指派，而來源則為雙方營建合約中之約定，茲圖示如次：



製圖／作者

圖 6-5 高雄捷運公開六標案評決小組職掌圖

於此產生疑問者係上下兩級法院對於興建合約之性質見解不同，地方法院認為 B.O.T 之興建合約係「行政契約」，高分院之見解則為「私法契約」，因而導出刑法公務員身分上之差異。但是這樣的推論過程似乎過於簡略。首先應確認者係，刑法上公務員之認定究係應從「組織面」、「功能面」或「兼具組織與功能面」之觀點加以判斷蓋從不同之觀點會產生不同之結果，茲分述如次：

1. 採組織論之觀點：

採組織論之觀點，凡受國家或地方自治團體依法任用服務於國家或地方自治團體之人員均屬之。但是，如果依照這個觀點會產生矛盾現象，亦即「高雄市政府」所指派之成員，「可能」評價為公務員，但「高雄捷運公司」指派者則非公務員，但針對同一事務之成員只因委派機關不同而異其身分，在論理上難以自圓其說。

2. 採功能論之觀點：

行政法院 94 判字 752 號針對高速公路局電子收費系統 (E.T.C) 案，將 B.O.T 之契約定性為行政契約，此種見解亦獲得最高行政法院之支持 (參看 95 年判字 1239 號)，對此見解亦獲得行政法學界一致的贊同。

功能論係著重在是否執行國家之公共任務，亦即舊刑法第 10 條第 2 項：「依法令從事公務之人員」，依此評決小組成員係如何產生，（不論由何機關或公司指派）只要他們所從事者「依法令」且從事「公共事務」即可。在本案之適用亦有疑問，蓋評決小組之產生係依「興建契約（姑不論其為行政契約或私法契約）嚴格來說其並非依法令。於此須究明者是，本案特殊之處在於該「評決小組成員」之產生並非依據本案之「促進民間參與交通建設」³⁵⁶，故不能涵攝為「依法令」即便其從事公共事務亦不該當其文義解釋³⁵⁷。

3. 組織論與功能論合併以觀：

此說認為組織與功能互相依存，一般強調之公共事務係指國家應該要處理之事務，若依此「高雄捷運公開六標」之事務應為國家應該要處理之事務，況且國家撥注 83.18%之經費，其擔任評決之任務自屬於公共事務依此推論則該成員應評價為「公務員」。

4. 本文看法：

本文承繼上述 2. 之見解認為，高雄市政府與高雄捷運公司所簽訂之「興建營運契約」為「行政契約」，依該行政契約（為公法契約之一種）訂定之「評決小組成員產生與職掌」，係該契約為處理公共事務之規範，從本質上看來，他們係從事公共事務無疑，但唯一之挑戰在於評決小組成員與傳統政府採購法之「政府採購評選委員」，以及促進民間參與公共建設法之「甄審委員」係依該法成立，遴聘並具有「法定職務權限」者不同。是故，地方法院認為其係「依法委託之公務員」亦屬不當。（本文將於後詳述）

（四）公開六標之招標評決究係公權力或私經濟行為？

於此須先究明者係本案適用獎參條例並不適用政府採購法，故此之「公開六標」之「招標」是否可以類推政府採購法之發包階段，依實務

³⁵⁶ 若依獎勵民間參與交通建設條例或促進民間參與公共建設法，而成立之「甄審委員會」之成員可謂係「依法令」，相關法條在於該條例第 37 條及第 38 條。

³⁵⁷ 文義解釋係從條文的用語的文字意義而為解釋，亦為刑法解釋方法之一，文義解釋是刑法解釋的開端，亦為刑法解釋的界限，圍繞在文義解釋的周邊地帶仍有解釋空間，但是不能逾越刑法條的可能界限，參林山田，前揭書，頁 147～148、150；蘇俊雄，刑法總論（I），刑法之基礎理論、架構及適用原則，作者自版，1998 年，頁 273～278。

見解將之視為「公權力行為」³⁵⁸不無疑問³⁵⁹。

受聘介入國家事務運作之私人，尤其是學有專長之專家學者或專門職業技術人員，大都以其專業而介入國家行政事務，此是否即成為受委託行使公權力？仍需檢驗其是否符合行政法上行政公權力之要件。換言之，他們所執行之業務係扮演專業者之角色，就其學識、專門知識於個案中表示意見，若冒然認為只要受聘（例如五人小組成員）行政機關即屬刑法第 10 條第 2 項第 2 款之受託公務員似嫌武斷。

按行政程序法第 16 條規範私人受託行使公權力之制度，從而受託人（Beliehene）在受託範圍成為行政主體（Verwaltung stuaeger）屬於國家間接行政之一環，得以自己名義行使特定之行政權限，由於是將「公權力」受託私人，則必須依法以公權力手段始得為之，諸如法律、法規命令、行政處分或行政契約等且其所適用之法源必須是屬於「行政作用法」之範疇，而非私法契約，否則即非受國家地方自治團體機關「依法委託」之公務員，而該等成員（其中有市長指派與委派）若已卸任公職（私人身分）受聘參與評選，究係僅為履行私法上契約義務（如承攬契約、委任契約）之契約當事人而已，還是依法委託行使公權力。學說與實務尚未有統一之見解，上述高雄地檢署與高雄地方法院認為上開評選小組成員係受政府委託，但高雄高分院認僅係私法契約。

於此須再三強調者，本案之特殊處在於，依行政契約之規範而辦理之事務，其事務之本質究應承續該契約之性質抑或是可以逸脫該契約之性質？本文認為 BOT 投資契約之引發公私法屬性之爭議，在於該契約內容之龐雜，究係是一個契約或數個契約往往難以判定，即便是形式上數個契約，亦有主從之分，則主契約與從契約應分開定性或一體定性亦有仁智之見，從 BOT 投資契約之本質而論，政府無非要引進民間投資參與公共建設，在該契約中除投資金額，亦有特許經營取得土地變更等，從內容上觀之，大都為公權力之行使³⁶⁰，為避免遁入私法而衍生更多弊端，

³⁵⁸ 最高行政法院 93 年度裁字第 625 號。

³⁵⁹ 本文雖贊同結論但在推理過程中有不同論點。

³⁶⁰ 許宗力，雙方行政行為—以非正式協商、協定與行政契約為中心，載於新世紀經濟法制之建構與挑戰；廖義男教授，祝壽論文集，台北，元照，2002 年 9 月，頁 279。

同時防免其逸脫法治國之規範，仍宜將之定位為行政契約，亦即「公權力行為」。

(五)評決小組之成員是否為刑法之公務員？

1.五人小組成員是否為刑法第10條第2項第2款之委託公務員？

上下兩級法院關於評決小組成員身分之認定聚焦在於是否為新刑法第10條第2項第2款之「委託公務員」，關於刑法之委託公務員從94年2月2日之修正理由第5點之意旨似參考國家賠償法第4條第1項³⁶¹，亦即行政法上之「受委託行使公權力」(又稱行政委託)³⁶²，然而本案似乎不是行政法上「行政委託」之概念，反而是「依文解釋」僅置於「依法委託」，於是便發生行政法與刑法學門之間究竟應否採取一致之概念，抑或是「刑法之依法委託並非行政程序法第16條之行政委託？」此事涉參與人員身分之認定，同時攸關法律適用以及刑度之高低有必要進一步說明：

(1)刑法學者之看法：

甘添貴教授認為³⁶³，所謂委託公務員，是指受國家地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有限公共事務的公務員。此類型公務員的重點為：①採職務公務員的概念，須受國家或地方自治團體所屬機關依法委託。②公共事務的性質，亦以涉及有關公權力行使的事項為限。實務認為，所委任者須為該機關權力範圍內的事務，受任人因而享有公務上的職權及權力主體的身分，於其受任範圍內行使公務主體的權力。③若僅受公務機關私經濟行為的民事上委任或其他民事契約所發生私法上的權義關係，所委任者並非機關權力範圍內的公務，受任人並未因而享有公法上的權力，不能認為是公務員。

³⁶¹ 修正理由第五點謂：「至於受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員，爰參考貪污治罪條例第2條後段、國家賠償法第4條第1項規定而於第2款訂之。」

³⁶² 行政程序法第16條規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。第1項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」

³⁶³ 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，台北，瑞興，2006年，頁24~27。

另外，黃榮堅教授認為³⁶⁴，刑法公務員之概念須從分則中的各個犯罪類型才能掌握其內涵，並肯認實務有關「委託公務員」³⁶⁵之概念與行政法權限移轉之概念脫勾，並認為公務員瀆職罪之類型在於維護依法行政，依此不論是公權力或私經濟，只要侵害依法行政之行為，都是立法者所要非難的行為，至於是公權力行為或私經濟行為不過是行政行為以公法形式或私法形式作成不同，因此將私經濟排除在委託事務內涵之外，似乎與瀆職罪的規範目的有所出入³⁶⁶。由於某些私經濟行為仍屬國家任務行為，若將此類私經濟行為形式的國家任務委由私人執行，以廣義功能意義的公務員概念來解釋瀆職罪公務員身分的看法，此時受託人即為廣義功能意義的公務員。總言之，就瀆職意義的犯罪類型而言，關於委託事務內涵的限制，只須問是否屬於國家任務行為，而不問行為形式是否為私經濟行為。

(2)行政法學者對「行政委託」之看法：

行政機關將其權限之一部委託人民（包括自然人與私法人）以人民自己名義執行者，稱為公權力委託私人行使或稱行政委託（*Beleihung*）³⁶⁷。行政程序法第 16 條規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。同時，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」是行政委託制度之法律規定，公權力委託具有以下幾點特徵³⁶⁸：①委託業務具有公權力之性質。②由受託團體或私人直接作成決定，並非僅交換意見由委託人參考。③受託人係以自己名義為行政行為。④行政委託須踐行相關委託程序（有反對見解）。

³⁶⁴ 黃榮堅，前揭文，頁 299～300。

³⁶⁵ 最高法院 97 年度台上 4813 號判決。

³⁶⁶ 更深入的分析，參黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，頁 312～317，2009 年 12 月。

³⁶⁷ 關於行政委託（*Beleihung*）一詞，於使用上易造成混淆，如黃錦堂教授即認為第十五條之權限委任委託為「行政委任與行政委託」，參氏著行政組織法之基本問題，刊於翁岳生編行政法（上），頁 288，2006 年 10 月 3 版 1 刷（元照）。本文認為將改成「公權力委託私人」較妥適，一來指公權力委託，二來委託於「私人」。

³⁶⁸ 董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面挑戰，收於 2007 行政法學會論文集，台北，元照，頁 252～253。

黃啓禎教授認為，行政機關將公權力行使之一部分權限移轉給民間團體或個人須有法規依據，而此之法規係指法律，法律具體授權或概括授權之法規命令，學者進一步指出，上述條文之「依法規」並非行政程序法第 16 條而係「行政作用法」之範疇始足當之³⁶⁹。

此外，吳庚教授認為，公權力委託與單純辦理行政事務有別，行政事務之委託如為私經濟或不對外發生效力之事實行為，只要法律未有禁止規定，行政機關自得本職權自由委託私人辦理³⁷⁰。至於公權力委託私人之方式，除單純行政事務³⁷¹（私經濟事務），以私法契約方式委託外，尚有二種，其一為機關以行政處分或行政契約方式為之，其二，直接以法律規定，若係以後者，則不必斤斤於是否有行政行為之授與公權力或曾否公告周知³⁷²。

(3)本文之看法：

晚近關於刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員在處理受託事務之內涵上，實務上將之侷限在「公權力之行使」，並不包括「私經濟行為」³⁷³，這或許是受修正理由及學者所影響，然晚近另有學者提出委託之事不僅包括公權力行為亦含蓋私經濟行為³⁷⁴。依前述本文之整理判斷是否刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員之基準的有以下幾種見解：第一種見解認為，刑法之委託公務員應與行政法之行政委託概念相一致，如此解釋較有利於被告；第二種見解認為，刑法委託公務員之概念應與行政法上權限移轉之概念脫勾，而建構

³⁶⁹ 黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督—簡評台北地院九○重國字第 5 號判決，載於台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月，頁 200 以下。

³⁷⁰ 吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），頁 190，2007 年 9 月。

³⁷¹ 單純行政事務之委託如環境清潔、保安警衛、文件物品之整理電腦程式設計與資料輸入等。

³⁷² 舉例言之，兒童及少年福利法第 47 條第 1 項規定：「直轄市、縣（市）主管機關就本法規定事項，必要時，得自行或委託兒童及少年福利機構、團體進行訪視、調查及處遇。」「直轄市縣市主管機關就本法規定之事項，必要時得自行或委託兒童及少年福利機構、團體進行訪視、調查及處遇，又別證券交易法第 38 條之 1，主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業技術人員，檢查發行人、證券商或其他關係人財務狀況...並向主管機關提出報告或表示意見。」

³⁷³ 最高法院 96 年度台上字 5853 號判決；96 年度台上字 6032 號判決。

³⁷⁴ 黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分—評最高法院 97 年度台上字第 4813 號等判決，載於月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 9 月，頁 299~300。

刑法依法委託之判別基準；第三種見解認為，依目前實務見解認為刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員，在事務要件上，必須從事公共事務，且與公權力行使有關者始足當之，並不包括私經濟行政；第四種見解認為，委託事務之內涵不論是公權力行政或私經濟行政均為立法者訂定公務員瀆職所要非難的行為，某些私經濟行為仍屬國家任務行為，亦即公共事務。

對於前述之各項見解均有其理論背景與堅實的理由，本文認為，誠然各別法領域之間對於法律概念（如本案之依法委託），允許有不同的解釋，但是刑法具有較其他法律更為嚴厲的法律效果，故在解釋時應更為嚴謹，同時該條款之立法理由中又例示出行政法學上公權力委託之概念，故本文認為在解釋刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員時，應採取與行政法「行政法委託」概念相一致之看法；至於雖然不能評價為該條項之公務員，是否即非公務員仍應就其餘各款加以判斷。依此評選小組之成員從嚴格意義之公權力委託概念觀之，並非刑法第 10 條第 2 項第 2 款之「委託公務員」。

2. 是否為刑法第 10 條第 1 項第 1 款後段之授權公務員？

另外，一個在本案中被遺忘的討論，評決小組依高雄高分院之見解，並非刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員，但有無可能為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員，亦分別予以說明：

(1) 授權公務員之概念：

所謂授權公務員，是指其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限的公務員。此類型公務員的特徵為：①採職務公務員的概念，須有法令授權的依據。②公共事務的性質，以涉及有關公權力行使之事項為限。依實務之看法，現行刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段所稱「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之人員，即學理上所指之授權公務員。此類型公務員並非服務於國家或地方自治團體所屬機關，但具有依「其他法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」，因其從事法定之公共事務，故應視為刑法上之公務員。又本款所定之公務員，以具有「法定職務權限」為要件，亦即

其所從事之事務，須有法令規定之權限為準據（如公務人員任用法第 6 條之職務列等表）；所稱「法定職務權限」，除依法律（如組織條例、組織通則）外，以命令（如組織規程、處務規程、業務管理規則，以及機關其他之內部行政規章等）明文規定者亦屬之。倘無「法定職務權限」者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，仍不屬於刑法上之公務員³⁷⁵。

(2) 本案之判斷：

本案之評決小組成員係依據興建契約而設定成立，在該契約中明定其產生方式與職掌，故其職權係依據「行政契約」而來並非依法令之授權，故雖行政契約亦屬公權力之行使，但其權力來源並非有任何法令授權，故評決小組成員尚不得解為授權公務員³⁷⁶。

第三款 高雄地方法院改興建招標案

第一目 案件事實

根據高雄地方法院 97 年度訴字第 799 號刑事判決之認定，蔡○○係臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）為辦理臺灣高雄縣地方法院辦公廳舍興建工程（下稱本件興建工程，該標案於民國 94 年 6 月 1 日公告，同年 7 月 8 日決標）所遴選之評選委員，負責為業主即高雄地院遴選出本件興建工程專案管理技術（Professional Construction Management，下稱 PCM）採購案之執行業者，其係受政府機關即高雄地院委託，為從事與委託機關所辦理政府採購事務權限之公務員。詎蔡○○於 94 年 5 月 16 日得悉其獲高雄地院遴選為本件興建工程 PCM 招標案之評選委員後，基於職務上之行為要求不正利益之犯意，於 94 年 5、6 月間某日，先以電話聯繫之方式，與是時擔任中興工程公司董事長之曹大鵬聯繫³⁷⁷，並向曹大鵬表明願與中興工程公司就本件興建工程之競標洽談合作事宜，中興工程公司經 11 位委員評選結果，其平均分數為 83.8 分，（其中蔡○○給予評選總分為 88 分，為評選委員中給分最高者），逾招標文件規定之 1 家廠

³⁷⁵ 最高法院 97 年台上字 706 號刑事判決。

³⁷⁶ 若評決小組成員之產生係依據政府採購法或促進民間參與公共建設法而為之「評選委員」或「甄審委員」則可能成為刑法第 10 條第 1 項第 1 款後段之「授權公務員」。

³⁷⁷ 高雄地方法院 97 年度訴字 799 號判決，有關案件事實係由本文作者整理。

商評選時分數需超過 80 分之規定，經全體委員表決評選結果，均同意評選結果，中興工程公司獲選為第一優勝廠商，並取得與機關議價之權利，中興工程公司並於當天表示願以底價承做，因此成為本件興建工程 PCM 標案之得標廠商。

第二目 判決要旨（針對評選委員身分認定部分）

一、刑法修正前後公務員身分之認定：

該判決首先援引刑法修正理由後論述認為，修正後之刑法第 10 條第 2 項、貪污治罪條例第 2 條所定公務員概念之範圍，僅限縮於「與公共事務及公權力行使相關具有法定職務權限之人員」，而將從事私經濟行為為主要業務之公營事業機構人員，排除在刑法公務員之範圍外，使其法律地位與民營機構人員相同，是修正後刑法、貪污治罪條例對於公務員之定義顯然較舊法縮小且規定較為嚴謹³⁷⁸，對被告蔡○○較為有利，當應適用修正後刑法第 10 條第 2 項、貪污治罪條例第 2 條規定對被告蔡○○較為有利。

二、修正後之公務員究應屬於何種類型之公務員：

修正後貪污治罪條例之犯罪主體，既以公務員為限，再佐以修正後刑法定義上之公務員依法條規定可區分為身分公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段）、授權公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段）、委託公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 2 款），其中「授權公務員」係指非服務於國家或地方行政機關之人員，惟法令上特別規定將公共事務處理之權限直接交由特定團體之成員為之，而使之享有法定之職務權限者。此類人員既依法令負有一定公共事務之處理權限，自應負有特別之保護或服從之義務，故依法令授權而從事於公共事務且具有法定職務權限之人員，仍屬刑法上之公務員。

三、政府採購之性質：

本件 PCM 標案，衡其性質雖屬臺灣高雄地方法院居於私人相當之地位所對外從事之私經濟行為，然依政府採購法第 1 條、第 3 條明定：為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰

³⁷⁸ 最高法院 96 年度台上字第 6032 號判決、臺灣高等法院暨所屬法院 95 年 6 月因應新修正刑法施行座談會結論亦同此意旨。

制定政府採購法，政府機關、公立學校、公營事業（下稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。是機關採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務，況政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條分別就有關廠商與機關間就招標、審標、決標之爭議，規定得提出異議及申訴，申訴、審議判斷視同訴願決定，等同於就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。據此，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為（最高法院 97 年台上字第 1266 號判決、最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定意旨亦同此認），且是從事公共事務之範疇甚明。

第三目 判決評析

一、本案爭點：政府採購評選委員之身分？

刑法所規定之犯罪有以「身分」作為構成要件者，最典型之例為「公務員」。本案爭點之一，在於擔任中山大學綠色環境中心執行長蔡○○擔任之「政府採購評選委員」，可否認定為「刑法上之公務員」。被告認為其僅係「提供專業意見供高雄地方法院做最後決定，並非刑法公務員」。然地院認為，評選委員及其成員乃政府機關辦理招標、審標、決標期間，依政府採購法第 94 條、採購評選委員會會議審議規則、採購評選委員會組織準則等相關法令授權成立，使其享有法定之職務權限，並依所享有之法定職務權利辦理廠商評選而就公共事務行使公權力，屬於修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」。

二、本文立場

(一)方法上之論點：

法院一貫之操作模式係先就行為主體判斷是否符合刑法總則之公務員。由於修正後之刑法總則第 10 條第 2 項之立法定義在解釋上仍有諸多疑義，如本文案例研究(一)之南科減震工程案，台南地方法院認為政府採購之評選委員並非刑法公務員並諭知無罪判決。但本案即認為是「刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段」之公務員。何以法律規定之「立法定義」在解釋上會有如此之差異，本文認為係肇因於各學門間，對於解釋法律概念有不同之思考（此問題也發生在委託公務員之認定），雖然在不同法律

體系間，容許為不同之解釋，但畢竟為例外之情事³⁷⁹，晚近有學者開始思考應該放棄刑法總則對公務員之立法定義，而走向刑法個別化公務員之概念，亦即從個別犯罪所保護之法益出發，才能界定出合規範目的之公務員概念³⁸⁰。此種思維頗能切合晚近因為私人參與國家任務之各種型態而引發之爭議，例如專家學者（外聘委員）、參與公共事務評選、甄審等工作，但實務能否接受尚待進一步的觀察。

雖然我國刑法實務見解在修正後已漸趨向一致，亦即判斷基準在於「公共事務」「法定職務權限」等構成要件之解釋，但是在文義解釋上又衍生出公共事務應否僅限於公權力行為？法定職務權限應否有組織法上的「職務列等表」關於此間爭議，增加了刑法解釋的不確定性，如此操作之結果攸關被告權利，不僅實務上宜作出統一之見解，甚至亦應考慮在「立法論」應有更明確之立法。

(二)本文看法：

在現行法律解釋下，本文認為地方法院將政府採購評選委員認定為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，亦即依其他法令從事公共事務，而具有法定職務權限者，尚可接受。但本文所擔心者乃在於透過刑法公務員立法定義解釋之後果，由於涉及不同學門間法律概念之解釋，將會造成個案之不公平，同時專家學者參與公共事務型態甚多，如果涉及公權力行為即屬公務員，但若私經濟則不屬之，如此是否可以符合刑法以保護法益為規範目的之宗旨？蓋不管透過公權力或私經濟都可能對國家法益有所侵害，何以將私經濟排除在外？故本文進一步認為，在解釋論上出現諸多個別之判斷各說各話時，在立法論上宜認真思考將機關外聘委員參與公共事務之刑法上身分之明確化，應將諸多參與之類型分類，並在刑法分則中以獨立立法之方式明確規定，始符合罪刑法定之罪刑明確性原則³⁸¹。

³⁷⁹ 李惠宗，案例式法學方法論，新學林，2009 年 10 月一版，頁 167。

³⁸⁰ 黃榮堅，前揭文（註 174），頁 290。

³⁸¹ 在高雄捷運公開六標之判決書中即有一段看似無奈的話語：「...評決小組成員收受○○交付之 300 萬元一節，其人格、品德及形象，固應廣遭社會譴責或接受輿論譴伐，但本刑法罪刑法定主義原則，尚難對之繩之以法。參台灣高等法院高雄高分院 96 年矚上字第 3 號刑事判決。」

第四款 南港展覽館新建工程案

第一目 案例事實³⁸²

根據台北地方法院 97 年度矚訴字第 4 號刑事判決及台北地方法院 98 年度訴字第 453 號刑事判決之事實認定如次：

- 一、經濟部國際貿易局於民國 92 年 7 月 1 日委託內政部營建署，將「經濟部南港展覽館新建工程」（下稱南港展覽館案）委請內政部營建署代辦興建，雙方並於同年月 22 日協議依政府採購法第 24 條規定，採用統包方式辦理。經濟部國際貿易局乃於 92 年 8 月 6 日以函請內政部營建代辦南港展覽館案，工程金額（含規劃、設計、監造費及專案管理費等）共新臺幣（下同）38 億元，其中本統包工程之固定價格，包括建築工程費、水電、瓦斯外線補助費、設計費等共計 35 億 9313 萬 5 千元，為配合興建時程，減少工程施工界面及相關糾紛，內政部營建署決定依經濟部國際貿易局之函文，採取統包法、固定價格之最有利標方式及建築與水電工程合併招標方式辦理發包。內政部營建署為積極推動南港展覽館案，成立「南港展覽館新建工程全程專案管理」執行協調專案小組，檢討、研擬本案相關招標文件，並依政府採購法第 52 條第 1 項第 3 款、第 56 條第 1、4 項、第 94 條及採購評選委員會組織準則第 2 條之規定，成立評選委員會，而壬○○、乙○○、丙○○、戊○○、辛○○、己○○、甲○○均於國內任職擔任教授或副教授職位，上述 7 人經內政部遴選擔任南港展覽館案之外聘評選委員，負責訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式，並辦理廠商評選，決定得標廠商，故此評選委員具有決定得標廠商之重要權力。
- 二、丁○○為內政部長，將上開評選委員之名單洩漏給宇○○，並交付名單給某建設公司董事長庚。
庚○○於取得前述評選委員名單後，即指示力拓公司董事長 特別助理亥○○、總經理地○○，以支付每位評審委員前金及後謝各新臺幣 50 萬元至 100 萬元不等之賄款為對價，請受賄之委員於評選會議中將力拓公司評選

³⁸² 本案例事實由作者整理自台灣台北地方法院 97 年度矚訴字第 4 號刑事判決（78 頁），並參考台北地方法院 98 年度訴字第 453 號刑事判決。

為最優先議價及得標廠商，以便取得該標案。亥○○、地○○遂於 93 年 1 月 30 日評選會議之前，分別先與評選委員接觸，並於如附表一³⁸³所示之時間、地點，將現金及力拓公司簡介包裝於紙袋內再置於手提紙袋內，將附表一所示之金額行賄評選委員戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○等 6 人。亥○○、地○○於分別給付上開前金賄款同時，向上開評選委員表示力拓公司將參與南港展覽館案之投標，請委員於評選會議時，將力拓公司評定為最高分，同時期約於評選會議後，如力拓公司確有得標，將再給付相當金額之款項，作為後謝，戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○等人明知亥○○、地○○分別所遺留紙袋內係藏裝附表一所示之金額現金，而亥○○、地○○等人交付前開賄款係因渠等擔任南港展覽館案工程採購之評選委員，企盼渠等能於該工程採購案進行廠商評選時，使力拓公司得以順利標得該採購案之故，竟分別基於對於職務上之行為，收受賄賂之犯意，收受亥○○、地○○所分別交付之上開賄款，戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○並均達成期約收取後謝之合意。

三、戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○等 6 名評選委員收受部分賄款後，並與已期約後謝之評審委員甲○○，於 93 年 1 月 30 日內政部營建署召開之評選會議中，均評定力拓公司為三家投標廠商之第 1 名，使力拓公司獲得最優先議價地位，並以最終議價金額 35 億 9313 萬 5000 元得標。力拓公司得標後，分由亥○○、地○○依約於如附表二所示之時、地，分別給付如附表二所示之後謝賄款予戊○○、壬○○、辛○○、乙○○、己○○、甲○○等人。地○○並於 93 年 1 月 30 日評選會議之後之不詳時地，欲給付 50 萬元之後謝予丙○○時，然經丙○○拒絕未予收受。

四、案經台北地方法院檢察署檢察官自動檢舉偵查起訴。

第二目 本案爭點與判決要旨（針對外聘委員身分）

本案由於被告人數眾多，延聘律師多達二十一名，但身分相同皆為國內任職擔任教授或副教授職位，參與國家公共事務之評選，犯罪事實差別不大，皆為收受賄賂。本文擬將與本研究主題有關之議題，亦即機關外聘委員參與政府

³⁸³ 關於本案之附表一及附表二，請參台北地方法院 97 年度囑訴字第 4 號刑事判決。

採購之評選，其身分究竟為何？是否為刑法之公務員？進行爭點整理與分析評述³⁸⁴：

一、七名國內教授、副教授經遴選為外聘委員之答辯整理：

(一)被告已擔任「南港展覽館」案之評選委員，非屬刑法第 10 條第 2 項之「公務員」。

(二)被告戊於行爲時已無評選委員身分，無適用貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之餘地。

(三)被告丙○○擔任評選委員不是刑法上的公務人員。

(四)被告壬○○擔任「南港展覽館案」之評選委員，非屬刑法第 10 條第 2 項之「公務員」，評選委員之評審行爲，非屬公務員公權之行爲及行使。

(五)被告辛擔任的評選委員不是刑法公務人員。

(六)被告乙固為南港展覽館新建工程案之評選委員，並無受委託承辦該機關公權力範圍內之職務，亦無法因享有公務上之職權，然起訴意旨指訴被告為具有依法定職權，依法令從事公共事務而屬刑法及貪污治罪條例之公務員云云，容有違誤。

(七)被告甲依政府採購法第 94 條第 1 項規定：「機關辦理評選，應立 5 至 17 人評選委員會」第 2 項規定「評選委員會組織準則及審議規則，由主管機關定之」，又依採購評議委員會組織準則第 3 項規定：「本委員會應予採購前成立，並於完成評選事宜且無待處理事項後解散」。評選委員於評選委員會成立時與採購機關成立委任關係，於完成評議事宜評選委員會解散時，委任關係消滅，本案評選於 93 年 1 月 30 日完成，被告與採購機關之委任關係消滅，已不具評選委員之身份，縱有如亥○○所謂之 100 萬元後謝，但該 100 萬元已無賄款性質。

二、綜合上述七位外聘委員就其身分認定之答辯，無非以其非刑法上之公務員為論點，即本節探討刑事責任之意義，蓋刑法犯罪之主體有以特殊犯罪主體為構成要件；有以一般人為犯罪主體構成要件。身分認定之不同將影響其罪名與刑度。

³⁸⁴ 本案除內政部長○○處有期徒刑二年，褫奪四年、緩刑五年外，其餘之外聘委員以收賄金額不等分別處以有期徒刑七年二個月到八年不等；有關判決要旨之標題為作者所下，核先說明。

上述外聘委員就其身分上之認定咸皆認其非刑法上之公務員，因其評選係「委任關係」並無享有公務上之職權，所從事者非公權力之行使，亦非依法令從事公務之「公務員」。

三、法院之判決要旨（針對是否為刑法公務員之認定）

(一)渠等外聘委員是否為刑法之公務員？

法院認為，被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○均屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段所稱之公務員，蓋因：

1. 刑法公務員之修正立法理由：

所謂依法令從事於公務之人員，修正前刑法第 10 條第 2 項固定有明文，惟修正後刑法第 10 條第 2 項其立法理由則謂「... (三) 第 1 款前段所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令職掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。(四) 如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員，故於第 1 款後段併規定之。

2. 公務員職務罪之不法內涵仍採「義務論」而非「法益侵害論」

被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○依據採購評選委員會組織準則之規定，於工程會「評選委員會專家學者建議名單資料庫」遴選，以專家學者身分聘任被告為評選委員。然修正後貪污治罪條例之犯罪主體，既以公務員為限，再佐以修正後刑法定義上之公務員依法條規定可區分為身分公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段）、授權公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段）、委託公務員（即刑法第 10 條第 2 項第 2 款），其中「授權公務員」係指非服務於國家或地方行政機關之人員，惟法令上特別規定將公共事務處理之權限直接交由特定團體之成員為之，而使之享有法定之職

務權限者。此類人員既依法令負有一定公共事務之處理權限，自應負有特別之保護或服從之義務，故依法令授權而從事於公共事務且具有法定職務權限之人員，當屬刑法上之公務員。

3. 法定職務職限之法令來源

依政府採購法第 94 條規定，被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○行爲時之職權來自於採購評選委員會組織準則第 3 條明確規定³⁸⁵。以及採購評選委員會審議規則第 6 條之 1 所規定³⁸⁶。

從而，評選委員會及其成員乃係依據政府採購法第 94 條、採購評選委員會審議規則、採購評選委員會組織準則等相關法令規定授權成立而使其享有法定之職務權限（包含①訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式；②辦理廠商評選；③協助機關解釋與評審標準、評選過程或評選結果有關之事項）。

4. 本案政府採購究係公權力或私經濟之公共事務？

至於本件工程採購案，衡其性質應屬主辦機關居於私人相當之地位所從事之私經濟行爲。然政府採購法第 1 條、第 3 條明定：爲建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定政府採購法，政府機關、公立學校、公營事業（下稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。是機關採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務，況政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條分別就有關廠商與機關間就招標、

³⁸⁵ 本委員會（即採購評選委員會）應於招標前成立，並於完成評選事宜且無待處理事項後解散，其任務如下：一、訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式。二、辦理廠商評選。三、協助機關解釋與評審標準、評選過程或評選結果有關之事項。

³⁸⁶ （評選）委員辦理評選，應於機關備具之評分（比）表逐項載明各受評廠商之評分或序位，並簽名或蓋章。機關於委員評選後，應彙整製作總表，載明下列事項，由參與評選全體委員簽名或蓋章。其內容有修正者，應經修正人員簽名或蓋章：一、採購案。二、各受評廠商名稱及標價。三、本委員會全部委員姓名、職業、評選優勝廠商或評定最有利標會議之出席委員姓名。四、各出席委員對於各受評廠商之評分或序位評比結果。五、全部出席委員對各受評廠商之總評選結果。前項第四款，各受評廠商之評分或序位評比結果，其所標示之各出席委員姓名，得以代號代之。」

審標、決標之爭議，規定得提出異議及申訴，申訴、審議判斷視同訴願決定，等同於就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。據此，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為（最高法院 97 年台上字第 1266 號判決、最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定亦同是認），當屬於公共事務。

5. 外聘委員究竟屬於何種類型之公務員？

被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○擔任南港展覽館案之評選委員，係依政府採購法第 94 條、採購評選委員會審議規則、採購評選委員會組織準則等相關法令規定，於系爭工程採購案之評選、審標部分授予公權力之行使，從事屬於公共事務之評選、審標，且具有法定職務權限，當屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員³⁸⁷，自難因被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○係本於專業而受採購機關聘任為評選委員，對於各受評廠商給予專業上評分，且因評選委員會係採合議制、多數決，對外不能以委員會名義行使職權，即認與公權力行使無涉。是被告戊○○、辛○○、己○○、壬○○、乙○○、丙○○、甲○○及渠等辯護人辯稱被告等行為時不具公務員身分，要屬無據。

第三目 判決評析

一、本案爭點

本案除了犯罪事實之調查與證據之外，爭點均聚焦於這七名大學教授與副教授應聘擔任政府採購之評選委員，其身分是否為新修正刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員？被告等認為「並無受委託承辦該機關公權力之職務，亦無享有公務權力」，況且政府採購是私經濟行為，其擔任評選為「委任關係」即無法定職務權限，自非屬刑法第 10 條第 2 項各款之公務員。

然法院認為「外聘委員」雖為大學之教授與副教授職務，但因為參與政府

³⁸⁷ 該判決同時援引法務部 96 年 4 月 4 日法檢決字第 0960801136 號函釋、最高法院 97 年台上字第 1266 號判決作為論證理由。

採購評選，屬於公權力行爲，同時政府採購法令亦賦予評選委員法定任務與職限，因而認定，外聘委員應屬新刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段「...以及其他依法令從事公共事務而具有法定職務權限者」之學理所稱之「授權公務員」，因而成立以公務員身分爲前提之貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之「對職務上之行爲收受賄賂罪」。

二、本文看法

亦如本文上述案例所分析一般，對於政府採購之評選委員或未來可能發生之公共工程甄審委員，或其他參與公共事務並具有公權力決定權之「外聘委員」，其身分認定產生實務上見解不一致，源頭在於我國新刑法第 10 條第 2 項各款之解釋，尤其是第 1 款後段「授權公務員」以及第 2 款之「委託公務員」其涉及各法領域之間的概念。以本案爲例，法院認爲政府採購評選委員係「其他依法令」「從事公共事務」「具有法定職務權限」之公務員。而上述要件之解釋可能因學門之認定（如行政法與刑法）與解釋而產生全然不同的結果，例如受託違背職務，若不具備公務員之身分，即可能轉成背信罪³⁸⁸。

本文雖然贊同「政府採購評選委員」可以評價成刑法之公務員但是「當教授、副教授變成公務員」之過程應有詳實之論證基礎，但法院於論證之理由中仍不免有些缺憾，茲說明於次：

(一)刑法第 10 條第 2 項公務員修正理由之援引：

有關刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段授權公務員之立法理由中謂：「其他尚有依政府採購規定之公立學校、公營事業之承辦、監辦採購人員」本文認爲，此點立法理由當時並非係考慮「專家學者參與公共事務之外聘委員」，但現今法務部之函釋³⁸⁹卻直接擴大解釋並予援引並不妥當³⁹⁰。

(二)真正問題在於立法用語之不明確：

³⁸⁸ 如本文前所舉之高雄捷運公開六標，參台灣高等法院高雄分院 96 年度矚上字第 3 號刑事判決。

³⁸⁹ 法務部 96 年 4 月 4 日法檢決定第 0960801136 號函釋。

³⁹⁰ 晚近，亦有針對外聘委員爲立法定義者，如參與公共建設甄審委員會組織及評選辦法第 5 條規定，前條外聘專家、學者之認定如下：一、主辦機關自行辦理者，指主辦機關本機關以外人員。二、主辦機關依法第 5 條第 2 項授權所屬機關（構）爲執行機關者，指主辦機關本機關以外人員、被授權機關（構）及其所屬機關（構）以外人員。三、主辦機關依本法第五條第三項委託其他政府機關爲執行機關者，指主辦機關本機關以外之人員、受委託機關及其所屬機關（構）以外人員、公共建設之管理機關以外人員。

對於外聘委員參與公共事務並行使公權力之行爲應可認爲刑法之公務員，但問題是我國之立法並不明確；在解釋論之領域稍有不慎即可能對被告之權利影響甚鉅。

從比較法的觀點，日本刑法第 7 條第 1 項規定：「本法所稱之公務員係指國家或地方自治團體職員以及其他依法令從事公務之議員、委員及其他職員。」上述所謂「委員」即受國家委任從事非專職性工作人員在日本諸多審議會委員（相當於我國機關內設置的委員會委員）；德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款之「其他被聘用於機關...履行公共行政任務者」以及第 11 條第 1 項第 4 款之「特從受僱於公共勤務之人」均可以評價爲德國刑法之公務員。本文認爲，若採日本立法例將「委員」（即我國之外聘委員）明定將可杜絕此爭議。

(三)公務員不法職務內涵之轉變

在實務案例之研究中，對於外聘委員非公務員之論證常見有與公務員作比較者，其認爲外聘委員非如公務員有俸給，相關遴聘法規中又明定「委員爲無給職」，換言之「無俸級」又無「職位」，如何能評價爲具有法定「職」「務」呢？（參刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段）

在本案判決中，法院援引立法理由認爲公務員負有「特別義務與服從義務」，若未負有特別保護及服從義務；即不是刑法之公務員，顯然我國有關公務員職務罪仍採「特別服從義務」之內涵，但於本案應思考者係「這些教授與副教授」之外聘委員何來特別服從義務？蓋權利與義務乃相對，無公務員所享有的權利，卻須負擔相同的義務與責任，顯非刑罰之平。

本文認爲，外聘委員在本案中之所以評價爲公務員乃在於其所擔任之職務即評選廠商與國家簽約，係由於國家透過法令所賦予，使其擁有與其原來身分不同之權力，但因違反其地位所應爲之情事並造成國家法益之侵害。德國於 1975 年正式告別勤務義務侵害論而進入「法益侵害論」，認爲「私人」偶爾參加公共任務（如本案）其身分之認定並非在其享有的權利或應負的義務，而是在於其所侵害的法益是否較一般人高。因之，本案之外聘委員雖非傳統意義之公務員，但其可決定之權力以及

造成法益之侵害顯較一般人為高，因此之故即可評價成刑法之公務員。

第五款 小結（四案之比較分析）

學術之研究，無非回歸對現實問題之解決提出建議。有關外聘委員之刑事責任爭議最大者在於其身分之確立，渠等人員究係公務員或一般人？經前述本文在學理外國法制以及本土案例之考察研究後發現，仍存有不少的差異。現行台灣外聘委員參與公共事務之類型不一，舉凡諮詢、爭議裁決、審議、調解、調查、鑑定、監督管理等，存在於國家或地方機關之中，面對如此多之「私人」參與公共事務之執行，其法制地位應有釐清之必要，本節次以「刑事責任」為主，經考察法院實務裁判後發現，弊案大都出現在有關公共工程之甄審與政府採購之評選這二大類，這或許與傳統工程利益龐大與行業陋習有關，如何完備法制實為當務之急，本文擬以上述四案之法院判決做相關比較，並相關爭議整理如后：

表 6-4 外聘委員刑法身分認定表

比較點	案由	南科高鐵減震工程案	高雄捷運公開六標案	高雄地方法院改興建招標案	南港展覽館新建工程案
委員類型		政府採購評選委員	依合約組成之評決小組成員	政府採購評選委員	政府採購評選委員
身分認定之爭議		是否為刑法公務員？	是否為刑法公務員？	是否為刑法公務員？	是否為刑法公務員？
法院判決結果認定		台南地方法院： ◎評選委員非屬刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員，但未論證是否屬於同條項第 1 款後段之「授權公務員」。	高雄地方法院： 評決小組成員由高雄市政府指派為受託公務員。 高雄高分院： 評決小組成員非執行高雄市政府採購業務，亦非受委託執行公權力，不符合公務員要件。	高雄地方法院： ◎評選委員依法令負有處理一定公共事務之權限，自應負有特別保護之義務，為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段「授權公務員」。	台北地方法院： ◎評選委員係依政府採購法 94 條及採購審議規則等法令屬於新刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段「授權公務員」。
本文見解		◎雖非刑法第 10 條第 2 項 2 款之委託公務員但應係 1 款後段之授權公務員	◎評決小組成員之權力來源係契約非法令，故非授權或委託公務員	◎評選委員係刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員	◎評選委員係屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」
後續處理		此部分已確定檢察官未上訴	部分確定 部分上訴	上訴中	上訴中

製表／作者

第七章 機關外聘委員之監督

專家學者、社會公正人士等外聘委員參與國家公共事務，其本於專業、獨立與公正之特色扮演參與分擔公共事務的角色，由於他們獲得社會的期待、信任與敬重，一直以來，參與很多公共部門的決策執行與規劃的事務，但或許由於使用的廣泛，實證經驗發現弊端亦不少。最顯而易見的是參與的外聘委員涉及利益輸送、收受賄賂；其次，委員會運作的過程中，包括過程的黑箱作業，為政策護航以及作為政府卸責的工具亦為人所批評。於是本章將探討外聘委員參與公共事務，尤其是有些具有行政行為之實質決策權力的外聘委員。他們的作為或決定是否可以真正達到獨立或公正？倘若不能，在制度上是否要有監督之機制？由於專家學者公正人士接受遴聘成為機關內委員會的成員，類型不一，如何對之監督？從國家體制內角度觀之，採三權分立之國家略可分為國會監督、司法監督與行政監督，此為體制內的監督。在體制之外，可能包括公民監督與輿論監督。本章將依序討論監督之理論基礎，亦即為何需要監督？再從體制內之監督方法如國會監督、司法監督與行政監督做相關之論述。

第一節 監督之理論基礎

任何擁有權力的組織或個人，倘若缺乏監督機制勢必流於恣意與濫權。專家、學者、社會公正人士一旦參與公共事務之履行，某種程度即分享了公共權力。比如說，一位在大學建築系任教的「教授」他本來即扮演教學與學術研究的角色，一旦受政府遴聘成為「外聘委員」參與諮詢、鑑定、審議、爭議裁決等公共事務，此時搖身一變成為參與政府部門工作之成員。這時候，他在參與公共事務時應否受監督？他是否仍然可以扮演超然、專業、公正獨立的角色？一方面獨立、一方面受監督，兩者有無牴觸？此涉及到監督的理論基礎，亦即為何機關外聘委員需要受監督¹？有以下幾點原因。

¹ 尤先付，中外監督制度比較，北京，商務印書館，2005年，頁45～49。

第一項 監督是國家政治運作之必要機制

從法國學者孟德斯鳩（Montesquie）建構三權分立理論以來，權力分立與制衡（checks and balances）一直是支撐近國家政治運作的重要機制。由外聘委員組成的委員會，其定位為行政機關內設立的委員會，隸屬於行政部門，勢必要受到國會之監督以及組織的預算審查。同時，其所作成的決定若有違法，司法部門亦可加以審查。從國家政治組織的觀點，唯有透過監督才能防止外聘委員的濫權，雖然專家學者參與國家事務享有公共權力，為避免其濫權，須透過國家其他機關加以制約，故監督是國家治理的重要機制。

第二項 監督可以減緩或防止公權力之腐敗

外聘委員所參與之公共事務，其中不乏事務是擁有公權力。比如決定公共工程之參與者或政府採購之得標廠、調查公共事務以及對紛爭決定之權力，在實證研究中²不乏假借參與之名，行謀私人利益之實³，而其在謀取私人利益之過程中，國家的公信力以及威信，遭嚴重的破壞，影響社會公共利益甚鉅。面對層出不窮的弊案與質疑，唯有健全監督機制才能防止公共權力的腐敗，晚近民智大開有關專家學者參與委員會所作成的決定。人民除質疑參與成員之正當性外，在程序上亦常指摘違反正當程序，凡此對於公共權力之貫徹與執行都造成某種程度之傷害，故宜落實監督方能防止公權力腐敗。

第三項 監督是保證現代國家正常運作的重要管道

現代國家之治理，由決策、規劃、執行、資訊、監督與回饋等環節構成一個系統，並由監督機關對上述環節進行檢查、評議和督促，以防止國家運作偏差，並能保證決策、審議、裁決過程中能合法與公正的落實與貫徹⁴。

我國運用專家學者參與國家事務政策決定、規劃執行者不少，但常遭譏為

² 第六章刑事責任之研究，有關台灣本土案例之研究，如南港展覽館案、高雄捷運公開六標案...等。

³ 有關私人利益可能包括金錢、職位或博取美名等。

⁴ 尤付光，前揭書（註1），頁46。

政府背書、護航，甚至有形容專家學者是政府的遮羞布⁵，如何調和這二種矛盾情形，只有善用「監督機制」。

第二節 體制內之監督方法

監督是任何制度運作的必要機制，同時可以防止公權力腐敗是現代國家正常運作之重要管道，外聘委員參與國家公共事務之制度存在於我國已久，面對此制度常見有輿論之批評尤其是透過媒體，但在制度之研究上本文思考應從體制內找尋監督的模式（方法），並從中建構出體制內監督的模式，以下將逐次說明之。

第一項 國會監督

這裡所說的「國會監督」是指國會（立法院）對於行政機關內所設立的委員會及其成員（外聘委員）之法令監督與職務監督。由於外聘委員所參與之「委員會」類型不一，若具有公權力性質者與行政部門之行使合成一體，攸關人民權利，從民主國家的角度國家對行政機關自有一定之監督與制衡的權力。

由於行政機關在決策、規劃與執行公共事務時，引進了專家學者，此些本身或擁有專業背景或具有社會意見領袖之地位，對於公共事務具有舉足輕重之分量，對其諮詢、審議或參與理應尊重其決定才對。然任何制度應從「法制」角度而非「人制」。現代民主國家基於制衡（checks and balances）理念而設計的國家機關自應以「法制」為優先考量，而非將他們奉為高高在上⁶。因之本節次將從學理與法制而探討國會對於機關內設立之委員會及其成員之監督內容。

第一款 對委員會及成員之法令監督

法治國家攸關人民權利義務者應依法為之，機關外聘委員參與公共事務尤其是公權力之運作行使，自須有法律或法律授權之法規命令訂定。早期由於組

⁵ 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法，有斐閣，2008年，頁76～77。

⁶ 晚近，對於許多專家，有學者稱應「走下神壇」，並認為專家亦可能造成損害，而討論其責任，參蔣云蔚，走下神壇，專家民事責任基本問題研究，北京，法律出版社，2008年11月，頁7～9。

織內之單位或成員為便宜行事，常以要點或內部指令即成立委員會以供其諮詢或分擔事務之用，但是隨著正當法律程序對行政機關之要求，不僅程序要正當合法，連組織都必須有適正之要求，否則代表機關所作成的決定，其合法性將遭質疑⁷。是故，專家學者公正人士憑什麼進入公部門參與決策、規劃或執行，甚至對個案作成決定？簡而言之，其來自於法令之授權，然而倘若行政部門濫用或為卸責、護航、國會自得對其監督，至於法令監督之模式先就學理論述並以我國立法院職權行使法作為考察之中心。

我國由於專家學者參與之機關委員會類型不一，其法規依據亦不盡一致。從實證法分析，爭議裁決型之外聘委員採形式法律保留⁸；公共工程之甄審委員與政府採購之評審委員則以法律授權之方式為之⁹；至於諮詢性質做為政府施政或個案之建議參考則大多以行政規則之方式居多¹⁰。

第一目 立法否決

國會於立法之際，對行政機關訂定命令的授權有所疑慮，遂在授權之際同時規定國會可以經過一定程序，否決行政機關所訂定的命令，藉此達到監督行政命令的目的。此種作法在學理上稱為立法否決（legislative veto）¹¹。

我國法制上見諸於立法院職權行使法¹²之規定，行政機關送置於立法院之命令，依該法第 60 條第 1 項應提報立法院院會，如出席委員對於該項命令認為違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，經十五人¹³以上連署或附議，即交付有關委員會審查（同條第 2 項）。關於審查期限及效果該法第 61 條至第 62 條則規定如下：委員會審查應於院會交付後三個月內完成為原則，逾期未完成者，視為已經審查。審查結果發現有第 60 條第 2 項之情事，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之，視為已經審查或審

⁷ 湯德宗，違反行政程序的法律效果，收錄於氏著行政程序法論，台北，元照，2000年初版，頁102以下。

⁸ 如訴願法第52條；政府採購法第86條。

⁹ 促進民間參與公共建設法第44條第3項及民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法。

¹⁰ 亦即以要點設置方式，例如教育部家庭教育諮詢委員會設置要點；行政院衛生署護理諮詢委員會設置要點；行政院原子能委員會游離輻射安全委員會組織及運作要點。

¹¹ 葉俊榮，行政命令，收於翁岳生編行政法2000年（上冊），頁488～490。

¹² 吳庚，行政法理論與實用（增訂10版），民國96年9月，頁304。

¹³ 因立委減半之故，原三十人減為十五人（97.5.19）。

查結果並無第 60 條第 2 項情形之行政命令，委員會應報請院會存查。其經院會決議通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期末更正或廢止者，該命令失效。

因此行政機關制定有關委員會組織及成員相關之授權命令（如組織辦法或組織規程）有牴觸法律或經提報立法院有不妥情事，依上開法規命其制定之法規命令無效，此種監督方法效力甚強。

第二目 同意權保留（事前同意）

國會於授權母法中規定，行政機關訂定法規命令應送國會俟國會同意後，始得公布或生效。有關此種監督方法可思考者是行政機關遴聘外聘委員參與國家事務應否得到立法院之同意？在獨立機關之委員會委員，如中選會與國家通訊傳播委員會之委員須經由立法院同意任命，至於機關設置委員會如行政院公民投票審議委員會委員依立法院各黨團席次比例推薦，但後來遭大法官宣告違憲。其理由係剝奪行政院長的人事任命權¹⁴顯見我國尚未有此監督模式。

權力分立可貴在於彼此之尊重與制衡，機關內設立之委員會，其中外聘委員來自於專家學者。以行政院公民投票審議委員會委員為例，正屬專家學者參與之委員會類型。立法院透過法律制定並提升有關委員之推薦權都遭大法官宣告違憲，更遑論委員的人事同意權，故國會有關外聘委員的任命同意或推薦均應屬於行政權，亦即由機關首長遴聘，國會在此具體人事權並無監督之權限。

第三目 國會聽證或報告

國會在授權母法中規定，針對該行政命令的訂定舉行聽證會或進行報告，可以使國會藉由報告及聽證會的舉行，影響行政命令的內容。

我國憲法第 67 條規定，立法院之各委員得邀請政府人員及社會上有關人員到會備詢，依此若涉及重大議案的委員會決定，國會亦得依憲法 67 條之規定要求外聘委員「到會備詢」此亦屬監督之方法。

¹⁴ 司法院解釋 613 號。

第四目 單純送置義務

送置義務乃要求行政機關訂定命令之後，應將該命令送置國會「備查」，中央法規標準法第 7 條的規定即為適例，其後段之「．．．並即送立法院。」有依法律授權之委員會設置辦法和組織規程亦應送置立法院。

第二款 對委員會及成員之職權監督

從憲法的角度，立法院對行政院有監督之權責，憲法除規定立法院以各種決議之方式監督行政院以外，還可利用聽取行政院長施政方針及報告，向院長或各部會首長質詢¹⁵。但是不管是質詢或是作成決議須賴正確的資訊，亦可對行政部門調閱相關文件。此外，雖然憲法未有明文調查權，但司法院解釋在一定要件之限制下得行使其權限¹⁶。因之國會對行政部門的監督方式，包括質詢、預算審查、決議文件調閱權、調查權。

由於機關內設置之委員會地位，除特殊情形外，大都定位為機關之內部單位，其外聘委員之遴選由行政首長決定，其雖或有實質決定權，但最後大都以首長名義為之（若屬部會則以部會首長名義），假設委員會之重大決定引發爭議，例重大公共工程甄審廠商發生外聘委員收賄醜聞，或環境影響評估委員會之評估有過度政治力介入。此時以中央部會而言，立法院亦可能對委員會之組成及運作對部會首長提出質詢，甚至作成附帶決議甚至調閱相關文件以釐清真相並作為民意監督的手段，因此國會對於機關內委員會之工作職務監督方式，揆諸憲法、立法院職權行使法以及釋憲實務之觀點，約略有以下幾種模式。

第一目 質詢

國會議員以集體或個人名義，對於行政機關有違法或失職情況下，依一定法律程序及要件，向行政首長提出質疑與質詢。質詢權源自於英國的請求權「一個議員想要糾正一件錯事或要攻擊某部會首長，質詢之權力甚為重要，它可以迫使各部會的行動中謹慎小心，並防止不公平之事¹⁷」，我國立法院職權行使法

¹⁵ 法治斌、董保城，憲法新論，台北，元照，2005 年三版，頁 363。

¹⁶ 司法院解釋 585 號。

¹⁷ 尤光付，前揭書（註 1），頁 90；李惠宗，憲法要義，台北，元照，2004 年二版，頁 490。

第 18 條規定：「立法委員對於行政院院長及各部會首長之施政方針、施政報告及其他事項，得提出口頭或書面質詢。」是故，對於委員會之運作因為係屬行政權之運作，國會仍可透過質詢方式對其監督，唯此種監督除非事先接獲消息，否則均屬「事後監督」。

第二目 文件調閱權

晚近，行政機關常透過成立委員會的模式替代決定機關之重大政策之決定規劃與執行。殆弊案發生後，常推給委員會，此舉常造成民眾之質疑，因而要求委員會召開之內容文件資訊能夠予以公開。尤其是委員之名單、出席名單以及會議紀錄¹⁸，但是我國目前法制除極少規定外¹⁹，或由委員會委員同意外²⁰，仍不得公開。對於攸關民眾權益，而又以專業委員會組成作成決定者，作為代表民意監督之立法院自有文件調閱權²¹，依立法院職權行使法第 45 條規定：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本。」對於受調閱之機關依同法第 47 條規定：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。但相關資料或文件原本業經司法機關或監察機關先為調取時，應敘明理由，並提供複本。如有正當理由，無法提供複本者，應提出已被他機關調取之證明。被調閱文件之機關在調閱期間，應指派專人將調閱之文件送達立法院指定場所，以供查閱，並負保管責任。」

¹⁸ 雖然我國政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 10 款規定，「合議制機關之會議紀錄」應主動公開，但此之「合議制機關」並非本文所討論的「機關內設立的委員會」，因同法第 7 條第 3 項規定：「第 1 項第 10 款所稱合議制機關之會議紀錄，指由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由，議程、決議內容及出席會議成員名單」。

¹⁹ 採購評選委員會委員須知（行政規則）第 12 條：「機關於評定最有利標後，將於主管機關之政府採購資訊網站公開全部委員姓名、職業及評定最有利標會議之出席委員姓名。採購評選委員會之會議紀錄及機關於委員評選後彙總製作之總表，除涉及個別廠商之商業機密者外，機關將允許投標廠商申請閱覽、抄寫、複印或攝影。」但此仍屬「事後監督」。

²⁰ 採購評選委員會組織準則第 6 條第 1 項規定：「本委員會委員會名單，於開始評選前應予保密。但經本委員會全體委員同意於招標文件中公告委員名單者，不在此限。」又民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法修正草案第 6 條第 1 項亦採相同立法。

²¹ 司法院解釋 325 號。

第三目 決議

立法院除了憲法或立法院職權行使法賦予之權限外，實務上亦常見立法院院會或各委員會以「決議」或「附帶決議」方式要求行政部門依照該「決議內容」行之。但該決議或附帶決議是否真正對行政部門有拘束力，一般而言，該決議應僅具有政治的拘束力而不具法律拘束力，性質上較類似對行政部門的建議案²²。

第四目 調查權

一般西方國家議會除了立法權外，多擁有國會之調查權（Power of investigation），其為國會對行政部門重要的監督權，其可對政府機關，公務員或人民為必要之調查。司法院解釋第 585 號略謂：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力，基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重。」因之調查權亦屬立法監督之方法之一。

第二項 司法監督

外聘委員之司法監督意指，由專家、學者、社會公正人士與機關成員合組之委員會，其組成及審議之決定，法院對於該決定之合法性審查。委員會之決定代表行政部門，而司法審查則為法院之職責，從法治國家權力分立角度，對於行政之合法性之審查，司法權之角色實為提供適切有效權利之保障。

²² 程明修，憲法基礎理論與國家組織，台北，新學林，2006 年，頁 280～281。

隨著專業化與多元化的社會來臨，行政部門在面對此遽烈的轉變，通常引進專家、學者介入國家政策之擬定²³，事務之規劃與執行²⁴，此等人員本身具有高度之專業性與技術性，其所作成之決定在面對司法審查時，法院首先會遭到質疑的是一法官的專業會勝過這些專家學者嗎？

如果不會，司法（法院）憑什麼對行政專業進行審查？是故司法之審查有無界限，其範圍為何？事涉行政與司法之分際；此外，行政部門之獨立專業委員會若無法進行監督審查，將導致御用化與偏執化之傾向亦非制度所樂見。

因此，在行政決定之空間與司法審查之間究應如何取捨？攸關人民權利之保障。本節所討論之主題將集中於司法審查之背景，以及行政部門擁有之判斷餘地及司法審查之密度；再者，從實證法之角度，將考察中外法制及實務對於行政部門以獨立專業組成的委員會，法院如何面對行政之專業判斷、審查密度（基準）為何？同時台灣本土案例之考察自不可或缺，本文將以引發公法學界熱烈討論的高速公路 E.T.C 建置案及中部科學園區第三期七星農場之環評案作為論證分析之樣本²⁵，並提出本文之看法，如此一來檢驗學理與實務是否一致，對本主題之討論將有釐清之功能。

第一款 司法審查之背景

權力分立（separation of powers）原則為現代法治國家憲法建構之重要原理，除了強調權力互相制衡（checks and balances）外，彼此應互相尊重。換言之，各權力部門在行使職權作成決定時應顧及其他憲法機關之利益並避免不當之干涉，此即權力互相尊重原則²⁶。私人以學者專家、社會公正人士身分參與

²³ Tesilkagit Kutsal, "The Design of Public Agency: Overcoming Agency Costs and Commitment Programs", *Public Administration and Development* Dev24, P119 (2004)；台灣為例重大公共政策爭議之一，即應否興建蘇花高速公路，從政治、產業、經濟、地區發展及環境保護之面向均有爭議，此交通建設須經過「環境影響評估」通過與否由專家學者（二十一人中佔十四人）組成，實質上其佔有極大的決定權。

²⁴ 政府政策決定之後，其規劃委由專家學者研究後提出相關方案，至於執行面更有引進外聘委員為監督，諸如公共工程之查核、高鐵通車之履勘均屬於執行面。

²⁵ 蓋此些案件從爭訟內容觀之，均涉及外聘委員行為而衍生出委員會決定之合法性。

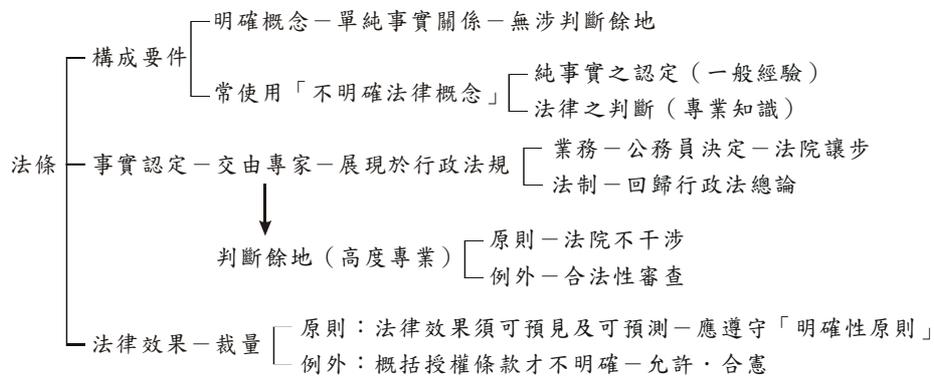
²⁶ 權力相互尊重亦有學者稱「憲法機關忠誠」，此概念源於德國聯邦憲法法院，主要是充作解決機關權限爭議的憲法原則，其不但可以作為憲法機關不成文之「行為義務與權利法源」，並且具有「權限行使界限」的功能，更可在司法審查上扮演「一般解釋原則」的功能，蓋此原則之目的既然在於避免權力相互封鎖與摩擦，經由整合以求國家統一性之維持，故釋憲機關在解決機關權限衝突時，自有義務選擇有利於統一性維持的解釋方法，我國司法院大法官

之行政委員會，從憲法之民主原則觀之，其取得了合憲性之基礎所作成之決定，並以行政機關之名義為之。從行政與司法之憲法關係制衡的角度言，行政機關其決定之作成係基於高度專業性、技術性與獨立性，並本於客觀專業知識之考量，法院（司法）對其決定除非有動搖該專業審查之可信度與專業性，否則即應尊重其判斷²⁷。但是行政機關之判斷仍會有恣意，顯然不當或違法之處，諸如其判斷所根據之事實，是否符合論理法則或經驗法則，是否有重要漏未斟酌之事物或資料，法院自有衡情斟酌之權，又經調查證據結果有取樣不當或引數據運算有顯然疏失，法院自得審查²⁸。

總之，司法機關對於專家參與之委員會所作之決定雖然予以尊重，但若有逾越權限、濫用權力等違法情事，司法仍得予以審查。

第二款 不確定法律概念、判斷餘地與裁量

行政法學上有「不確定法律概念」(Unbestimmter Rechtsbegriff)一詞者²⁹，其與裁量有無不同及應作如何之區分，一直以來理論之演變及學界之爭論未有稍歇³⁰，本文於「質的區別說」之立論下試就兩者之圖示及概念說明如次：



製圖／作者

圖 7-1 不確定法律概念、判斷餘地與裁量圖

解釋有第 3、319、325、328、461、520、585 號；參許宗力，權力分立與機關忠誠－以德國聯邦憲法法院裁判為中心，憲政時代，第 27 卷 4 期，頁 3 以下。

²⁷ 最高行政法院 94 年判字 343 號判決。

²⁸ 最高行政法院 93 年判字 1588 號判決。

²⁹ Unbestimmter Rechtsbegriff 一詞亦有翻譯成「不明確法律概念」。

³⁰ 其究竟有無區別及採何種區別學說（質的區別、量的區別、無區別說）之演進過程，參吳庚，行政法理論與實用（增訂 10 版），2007 年 9 月，頁 124 以下；李惠宗，行政法要義，2007 年（第 3 版），頁 151 以下；李建良等合著，行政法入門，2004 年，頁 136。

第一目 立法者使用不確定法律概念之合憲性

立法者於立法時使用法律文字於構成要件中，由於社會事實紛雜、領域各別，無法以相當明確之用語於構成要件中乃常見之事，在法制用語中不乏其例，諸如善良風俗³¹、情節重大³²，對環境有重大影響之虞³³...但是立法者使用此不明確之法律概念勢必對受規範者造成不可預測之危險，我國釋憲實務上對於使用「不確定法律概念」是否違憲乙節，均認為合憲理由不外乎：

一、法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而相應之規定³⁴。

二、立法者為求規範之普遍適用而使用不確定法律概念者，觀諸立法目的與法規範體系整體關聯，若其意義非難以理解，且所涵攝之個案事實為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則不相違背³⁵。

三、基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違³⁶。

其中一、與二、既然可以使用「不明確性法律概念」立法者亦非專家僅係國民的代表，故其標準乃以一般人民之標準即可；至於要件三、對於不確定法律概念司法本可加以審查，毋庸待言。故立法者於「法律構成要件」中使用不

³¹ 社會秩序維護法第 83 條第 2 款之於公共場所...而有妨害善良風俗，不聽勸阻者...

³² 公務人員考績法第 12 條第 3 項第 7 款之破壞紀律、情節重大構成免職事由。

³³ 環境影響評估法第 8 條：「前條審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段環境影響評估者，開發單位應辦理下列事項：

一、將環境影響說明書分送有關機關。

二、將環境影響說明書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，其期間不得少於三十日。

三、於新聞紙刊載開發單位之名稱、開發場所、審查結論及環境影響說明書陳列或揭示地點。開發單位應於前項陳列或揭示期滿後，舉行公開說明會。」

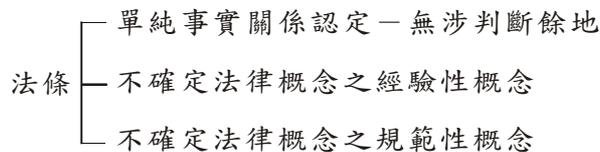
³⁴ 司法院解釋 432 號、594 號、602 號。

³⁵ 司法院解釋 617 號。

³⁶ 司法院解釋 636 號。

明確的法律概念自屬合憲，至於不確定法概念之類型有單純事實之描述者，即描述性概念，如農民健康保險條例第 36 條「因殘疾成殘」³⁷，並無涉法律判斷，純屬經驗，一般人可以感官判斷；另一種即涉及法律判斷規範性概念或稱有待價值認定之概念，須經由科技專門知能始得加以確定³⁸，此時行政部即擁有「判斷餘地」，法院除非行政機關判斷逾越或判斷瑕疵，否則法院均會予以尊重，但是面對二種不同不明確法律概念時，法院尊重之程度顯然有別，對於委請專家審查或科技專門機構鑑定，行政法院多予尊重，殊少推翻機關之認定（但此並不意味法院放棄審查）；至於若僅於一般人民經驗或常識即可判斷者，法院採全面審查³⁹。另一種非不明確法律概念僅係事實關係認定者，例如進口非屬臺灣地區貿易許可辦法第 7 條規定准許輸入之大陸地區物品者，即構成進口禁止輸入之物品而涉及逃避管制之違法行為。又進口之系爭貨物是否為大陸產製，屬事實關係認定之問題⁴⁰，與不確定法律概念之解釋與涵攝無涉，應由法院依職權調查證據後予以判斷，並無應尊重行政機關判斷餘地問題⁴¹。

綜上所述立法者於法條構成要件部分可能出現下列如圖示情況：



製圖／作者

圖 7-2 不確定法律概念圖

若將之與「判斷餘地」概念合併觀察，單純事實關係認定並無判斷餘地之問題，至於經驗性與規範性不確定法律概念則有判斷餘地之問題，但僅係法院尊重程度有別而已。

與本文有關者係司法院解釋 553 號理由書中所指出，法院於審查密度上揭棄了包括事件是否涉及「科技、環保、醫藥、能力或學識測驗」和「決策過程

³⁷ 最高行政法院 96 年度裁字第 02459 號裁定。

³⁸ 吳庚，前揭書（註 12），頁 116～117。

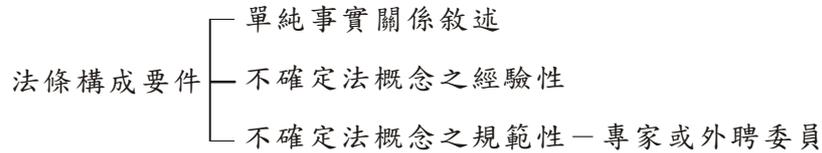
³⁹ 吳庚，前揭書（註 12），頁 133。

⁴⁰ 依進口貨物原產地認定標準，財政部關稅總局係認定「原產地」之權責機關，其合法性依法有據，且關稅總局原產地認定委員會係由政府有關機關代表、專家、學者等所組成，其所為實物鑑定結果，具公正性、正確性及公信力，其法律地位無庸置疑。

⁴¹ 最高行政法院 97 年裁字 54 號判決。

由首長或專業獨立行使職權之成員合議機構」作成會影響到法院審查的密度。

再者，專家或外聘委員於行政機關之運用或出現，從上述分析應僅係在規範性不確定法律概念之中，茲圖示如次：



製圖／作者

圖 7-3 專家在不確定法律概念之運用圖

第二目 判斷餘地之審查密度

立法者制定法規使用涵義不明之用語或該用語有多種解釋可能，而具體事實與法規涵攝過程中，行政機關得自由判斷的情形，稱為「判斷餘地」，是故當立法者使用之用語明確，而就事實關係認定時，與不確定法律概念或判斷餘地即無涉，此時行政機關依自由心證判斷即可。

判斷餘地，係法院於審查時應尊重行政機關之判斷，但並不是說司法於此部分完全放棄審查，僅係審查密度有別而已，司法本來就不可能放棄其合法性審查之任務。

第三目 裁量與概括授權

裁量係立於法條結構中之法律效果部分⁴²，一般說來法律效果之規定必須讓受規範者可預測及有預見的可能性，法律效果若不明確「殊難想像」，尤其是刑法採罪刑法定主義，禁止授用概念未定之法律，尤其是法效果應遵守明確性原則，自不待言。

但在例外情形亦有法律效果不明確的時候，但此種情形很少見，只有「概括授權條款」才例外。例如警察職權行使法第 28 條規定：「警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行爲或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施。警察依前項規定，

⁴² 有關行政裁量構造之問題，參見理格，公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較，弘文堂，平成 14 年，頁 4 以下。

行使職權或採取措施，以其他機關就該危害無法或不能即時制止或排除者為限。」上述條文中之「採取其他必要措施」雖不確定但為「概括授權條款」。

第三款 專業委員會之決定與司法審查

第一目 獨立專業委員會之判斷餘地

專家學者、社會公正人士參與之委員會，尤其是參與實質審查或政策決定之委員會，其所作出的決定影響當事人之權利甚鉅，對於專家介入之國家行政委員會，其特色乃在於具有高度的專業性、技術性與政策性之決定。諸如，環境影響評估委員會對於土地開發行為對環境之影響，或高科技之事項如核能電廠之輻射防護及反應器之安全，其判斷須依賴專家之鑑定意見而作最後之決定。此種模式在我國行政實務上並不少見。問題是，當行政機關引進專家、學者、社會公正人士所組成之委員會，其所作之決定司法機關應否尊重？其尊重之程度又為何？此涉及到行政法學理上「判斷餘地」之理論⁴³。

判斷餘地這個概念⁴⁴，係指不確定概念適用於具體之事實關係時，行政機關得自由判斷之情形⁴⁵，其法之實益表現在處理行政與司法機關之間的關係，本質上其意味著行政機關在某些行政事務所具有的判斷能力，因本其技術性與專門性，在此分工專業的社會中極受肯定，故其所判斷之事務，非法院所能掌握，因此應承認行政機關有不受法院審查的「判斷餘地」。此時法院應尊重行政機關對該事件之決定。換言之，因為行政機關經常在處理這些事情，經驗比較豐富，對於事實是否符合法規，行政官員（或專家）可能比法官清楚，故對於高度性科技及專業性，原則上應尊重行政機關之「判斷餘地」⁴⁶。晚近，亦有學

⁴³ 高木光，技術基準と行政手続，弘文堂，平成7年3月，頁79～80。

⁴⁴ 判斷餘地（Beurteilungsspielraum）係由德國學者 Otto Bachof 於 1955 年提出，由翁岳生教授引入國內載於氏著「論不確定法律概念」與行政裁量之關於收於氏著，行政法與現代法治國家，頁 37 以下（1985 年版），此文獻被吳庚教授喻為「中文行政法論述中，少數具有經典價值之論著」（參氏著行政法之理論與實用（增訂 10 版），頁 120，2007 年 9 月），吳庚教授認為判斷餘地係指「...如法規之用語係屬涵義不確定或有多種可之解釋，即所謂不確定法律概念，將不確定概念適用於具體之事實關係時，行政機關得自由判斷之情形，謂之判斷餘地」；參照氏著前揭書，頁 118；又關於「判斷餘地」之理論，參張桐銳「從判斷餘地理論談司法審查的界限」，載於憲政時代 20 卷 3 期，1995 年 1 月，頁 69 以下。

⁴⁵ 吳庚，前揭書（註 12），頁 118。

⁴⁶ 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定；收於氏著法治國家之行政與司法，月旦出版，1994 年 8 月一版二刷，頁 96～97。

者指出⁴⁷，行政法學理上之判斷餘地係指行政機關在判斷已確定之案件事實是否該當於法規構成要件的要求時享有一定之決定空間。質言之「判斷餘地」有無之討論應係以該案件存在可資適用之法規範，且案件事實是否該當於法規構成要件存有模糊空間為前提。

本文認為，在現代多元專業分工之社會中「判斷餘地」概念之出現絕非偶然而係必然，愈精緻化的社會專家愈多，事實上行政部門相較於法院，其亦屬於「專家」只不過法院在面對可能較自己熟悉的案件時其審查密度之高低而已，故本文相信「判斷餘地」是行政部門與司法部門之潤滑劑，藉此可以尋求到平衡點亦可展現憲法機關彼此互相尊重。

第二目 法院如何面對委員會之行政專業判斷—兼評實務所建構之

司法審查密度（基準）

行政法院對於不確定法律概念之解釋與適用，原則上有完整的審查權，只有在例外案例上才須受限制。換言之，當司法難以勝任或行政部門已有相當的組織與完備的程序和相當評價性的判斷，司法審查密度應降低。我國實務對於委員會所作之決定，首先⁴⁸於司法院解釋 462 號解釋文中指出：「...各大學校、院系（所）教師評審委員會，本於專業評審之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議，教師

⁴⁷ 陳愛娥，法律原則之具體化與權限分配秩序—評最高行政法院 95 判字 1239 號判決，載於月旦法學第 138 期，2006 年 11 月，頁 11。

⁴⁸ 事實上更早之前我國司法院解釋 319 號（82.06.04）針對「國家考試應考人可否要求重閱、提供答案、告知閱卷委員姓名」之釋憲實務中，由翁岳生、楊日然、吳庚三位大法官所提之「不同意見書」中亦論及「判斷餘地」之審查基準謂：「一、國家考試之評分專屬於典試委員之職權，此項評分之法律性質有認為行政機關裁量權之行使者，亦有認為屬於行政機關適用不確定法律概念之「判斷餘地」（Beurteilungsspielraum）者。無論從裁量之理論或不確定法律概念之見解，典試委員之評分應受尊重，其他機關甚至法院亦不得以其自己之判斷，代替典試委員評定之分數。因依典試法規定，國家考試之評分權賦予典試委員而不及於他人。二、惟公權力之行使，均應依法為之。任何人之權利遭受公權力違法侵害時，皆得訴請超然獨立之司法機關予以救濟，此為現代法治國家之基本原則（憲法第 16 條參照）。職此之故，典試委員之評分雖應予尊重，但如其評分有違法情事時，並不排除其接受司法審查之可能性（行政法院 55 年判字第 275 號判例參照）。法院固不得自行評分以代替典試委員之評分，惟得審查考試程序是否違背法令（如典試委員有無符合法定格要件），事實認定有無錯誤（如部分漏未評閱或計分錯誤），有無逾越權限（如一題三十分而給逾三十分）或濫用權力（專斷、將與事件無關之因素考慮在內）等。若有上述違法情事，行政法院得撤銷該評分，使其失去效力，而由考試機關重新評定。」

評審委員會除能提出具有專業學術之理由，動搖該專家之可信度與正確性否則即應尊重其判斷」，其理由書進一步提出：「評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定。受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量是否以錯誤之事實為基礎，是否有違一般事理之考量等違法或顯然不當之情事。」

繼之，司法院解釋 553 號理由書對於不確定法律概念涉及判斷餘地，又建立了更精緻的論述。換言之，即建立了對行政事件之審查密度謂：「本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。對此類事件之審查密度，揆諸學理有下列各點可資參酌：

- 一、事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。
- 二、原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。
- 三、有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？
- 四、法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？
- 五、對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。
- 六、是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

從司法院解釋 319 號、462 號及 553 號逐次所建立司法對行政專業判斷之基準以來，我國行政法院對於涉及專業判斷或由專家學者所組成的甄審委員會或評選委員會其所作成之決定，若當事人不服而涉訟，上述所建構之基準幾乎已成為行政法院之例稿，其中僅對該審理之事件性質做不同之增減⁴⁹。」

司法院解釋及各種行政法院透過「裁判法」之精神，逐次架構出「判斷餘

⁴⁹ 台北高等行政法院 94 年訴字 752 號、96 年度訴字 1116 號斷；高雄高等行政法院 92 年更字第 35 號判決；最高行政法院 98 年度判字 708 號判決；最高行政法院 99 年判字 30 號判決。

地」之原型至少抽象上提供一個基準，亦形成了判斷餘地理論之實證化成果。

第三目 對於實務建構上之司法審查密度之質疑

從上述司法院解釋對於不確定法律概念之判斷餘地審查密度逐步建立起較為清晰之輪廓自值得肯定，然而依本文觀察，對上述審查基準是否可以完全落實，尚有以下幾點質疑：

一、依事件質性而影響審查之密度

司法院解釋所建立之原則，於個案審判時，法官仍擁有相當大之權限，諸如釋字 553 號...若事件涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對於判斷之尊重即有差異，至於差異何在？理論基礎為何？並未進一步說明僅以該事件在現代社會中具專業而予以尊重，但是現代社會何種事務不需專業？況晚近司法院為因應社會快速變遷，新型案件專業而複雜（諸如核能、醫學、環保），為協助法官妥適處理案件⁵⁰，以維社會公平正義成立不同之專業諮詢小組，以協助法官能更迅速審理特殊專業知識案件，此時尊重之差異標準即模糊？換言之，是否介入高密度之審查仍繫於法官⁵¹，例如同樣是環境影響評估的案件（由專家組成之環境影響評估委員會）各級行政法院法官審查之密度即有差異。

二、從機關之組織型態

判斷之決策過程係由首長作成或由專業及獨立行使職權之成員合議機關作成均應予以考量⁵²，此意味著由專業及獨立行使職權之成員合議機關所作成之決定，法院應更尊重其決定。蓋獨立機關因其權限及職掌性質特殊，行使職權

⁵⁰ 司法院早已意識「專業社會」之來臨，於 89 年 5 月 2 日頒布「專家參與審判諮詢試行要點」。

⁵¹ 此種狀況在上下級行政法院間尤為明顯，參台北高等行政法院 94 年度訴字 2466 號；最高行政法院 98 年判字 708 號。

⁵² 所謂獨立機關係指依據法律獨立行使職權，自主運作除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關。由立法設置獨立機關，將原行政院所掌理特定領域之行政事務從層級式行政體制獨立而出，劃歸獨立機關行使，使其得依據法律獨立行使職權、自主運作，對行政一體及責任政治即不免有所減損。惟承認獨立機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。我國現制下，有中央選舉委員會、金融監督委員會、公平交易委員會、國家通訊傳播委員會及中央行銀行等。

獨立機關之業務應兼顧權力分立及責任政治原則及多元社會價值之公共事務始得設立；同時亦應確保機關之專業性、獨立性與超然性，故其設立要件二：

①為特定政策目的且其事務具有特殊事業需要或為維護社會多元價值。

②掌理公共事務之裁決、管制或調查事項者。

必須嚴守客觀中立及專業立場以確保公共利益之實現。但是，本文質疑者係，晚近提供首長決策或個案諮詢或參與審議之委員會，也如雨後春筍般存在或陸續成立於機關內，最典型如促進民間參與公共建設之甄審委員會，以高速公路電子收費委託案（簡稱 E.T.C）言，作成決定亦由甄審委員會僅最後由機關首長對外代表而已，何以首長制與合議制之尊重會有差異？尤其據本文實證研究⁵³，法院對專業委員會之審查密度甚高，這呈現兩難的局面，一來司法不可能放棄審查，蓋此為憲法之義務；二來當介入審查過深常會招致未嚴守判斷餘地之精神。綜觀我國行政法院之判決中，行政機關所聘請的律師常援引「判斷餘地」以對抗司法審查，但似乎成功者不多。

三、從程序之正當性

法院在審查案件時應否尊重及審查之密度，其中一項即是行政機關是否遵守正當程序，包含組織之公正性，程序之公正與民主參與之要求，諸如典試委員是否具備資格，參與之委員有無迴避之事由，甄審過程中程序是否公開、公正，凡此均為司法審查之因素。從此角度觀之，司法審查之密度不可謂不高。

對於委員會審查程序正當性之要求，本文認為應採「高密度」審查，蓋若連程序正當性都無法遵守的話，何來實質正義之落實，晚近最高行政法院 98 年判字第 708 號判決亦認為，環境影響評估委員會結論係全體委員之意見，應以書面為之並具簽名始得確認委員意見之真實性及責任之明確化，從而以電話、詢問之簡易程序難謂已踐行正當法律程序。對於最高行政法院之見解本文予以贊同。

四、善用事實涵攝有無錯誤

法院介入判斷餘地之審查除應考量上述因素外，尚包括事實涵攝有無錯誤⁵⁴，有無牴觸上位階法規範...等。事實上，本文認為法院對於不確定法律概念判斷餘地之審查密度之高已幾近於完全審查，而非尊重判斷餘地，是故行政法學上常言之「對於本於專業之決定...應受尊重...僅於判斷違法或顯然不當時得予以撤銷或變更云云」從上述之分析已幾近於全面審查何來尊重？

⁵³ 本文，將於次節針對台灣本土案例作深入之分析，包括高速公路局 E.T.C 案（最高行政法院 96 判 1239 號判決）及中科七星農場案（台北高等行政法院 96 訴字 01117 號判決）。

⁵⁴ 台北高等行政法院 96 年訴字 01117 號判決（中科七星農場環評案）。

第四目 小結

本文提出上述之觀察並非指摘行政法院之裁判，反而是對於行政法院鉅細靡遺審查的肯定，蓋司法之憲法上義務本即可對行政合法性審查，但是如果行政法院之審查密度是如此之高，何來尊重之說？這其實也呼應了「判斷餘地」本身的不確定性及抽象性⁵⁵，僅能從個案中尋繹法官之用心。基此本文針對行政法院對於由專家、學者組成委員會所作之決定於個案審查時其思考脈絡圖表列如次⁵⁶：

表 7-1 行政法院對專家學者組成委員會決議案件司法審查密度一覽表

司法審查密度類型	審查內容爭點	密度高低
組織適法性	1. 成員（委員）資格審查（充足專業能力、學識） 2. 委員會組成比例合法否 3. 委員參與委員會之數目（上限） 4. 組織成員（委員）涉案（公正性遭質疑） 5. 人民請求提供委員會成員名單，應否准許？ 6. 民意代表擔任行政委員會之成員？	高
審議程序適法性	1. 外聘委員之出席應否超二分之一？ 2. 委員可否代理或應親自出席？ 3. 委員未出席應否發表書面意見？ 4. 委員技術性缺席、放水？ 5. 專業委員於審理時，應否或有無注意「專業分工」？ 6. 委員會決議共識決或多數決方式？ 7. 首長單獨決策或專業合議制委員會？ 8. 委員決議記名或無記名表決？ 9. 可否以電話詢問補簽會議結論？	高
法律與事實之涵攝與解釋	1. 法律概念涉及事實關係、涵攝有無錯誤？是否以錯誤之事實？基於錯誤之資訊。	高

⁵⁵ 吳庚教授亦從行政法院實務觀察認為，在行政法院諸多之案例中，似未承認學理上之不確定法律概念以及本於此項概念所建立之理論，但事實上必然遭遇此類問題，因案件之性質有採尊重行政機關之判斷，如專利案件，行政機關在處理專利申請中，通常皆委請「專家審查」或「科技專門機構鑑定」，故行政法院都予尊重，殊少推翻；但亦有採全面審查者，如商標案件如近似之認定，參氏著行政法理論與實務（增訂 10 版），2007 年 8 月，作者自版，頁 132～134。

⁵⁶ 本圖表係作者審閱諸多判決，透過歸納方法而得，包括台北高等行政法院 96 年訴字 01117 號判決；最高行政法院 96 年判字 1601 號判決；最高行政法院 96 年判字 1239 號判決；最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決。

	2. 法律概念解釋有無明顯違背解釋法則？	
事件之性質	1. 是否具有高度專業性，即科技、環保、醫藥、能力或學識測驗。 2. 是否有不可取代性。 3. 是否具有高度之預測性（建立於專業之上）。 4. 是否影響人民基本權利之限制。	低
是否有其他重要事項漏未斟酌	1. 事後發現委員會成員涉嫌瀆職。 2. 利用會議技巧規避重要事證。	高

製表／作者

從上表審查內容之密度觀之，只有針對事件之性質涉及高度專業，即科技、環保、醫藥以及不可取代和高度預測性之事件，法院於審查時密度放低（即更多尊重），蓋行政機關於處理此類事件，通常皆委請專家、學者審查或科技專門機構鑑定，故行政法院大都予以尊重，但並非放棄審查。

第四款 對專家委員會決定爭訟之立法論思考

對於由專家、學者、公正人士所組成之委員會通常因具有高度之專業性及屬人性，故司法允許行政機關有專業之判斷餘地，除非判斷逾越或判斷瑕疵，否則原則上予以尊重（參司法院解釋 462 號、553 號理由書）委員會之決定，除特殊情形外，大都以機關首長名義公告或發布。此之決定係就具體事件之決定（評定），直接發生對相對人發生法效性、核其性質，應屬於行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分⁵⁷。對於行政處分之爭訟除非有訴願先行或取代訴願⁵⁸之程序，否則均應經「訴願委員會」（另一個委員會）之決定後才有行政訴訟之可能。

這在一般機關作成之處分為審查原處分是否有違法及不當之情形，具有讓機關自我反省及疏減司法訟源之功能自無可厚非。然須進一步思考者係「專家學者、社會公正人士組成之委員會」是否仍應循既定之軌則或應有另一種思考的模式，亦即對於由專家、學者、公正人士所組成之委員會其所作成之決定，應否逸脫於行政機關內之救濟途徑而令其直接（逕提）行政訴訟？本文基於以下幾點理由認為應可對專家、學者、社會公正人士組成之委員會之決定逕提行

⁵⁷ 台北高等行政法院 94 年訴字 752 號判決。

⁵⁸ 所謂取代訴願程序如會計師覆審委員會之決議（參大法官解釋 295 號）、政府採購事件之招標、審標及決標爭議之審議（參政府採購法§73、§74§、§83 條），此外，促參法第 47 條規定

政訴訟⁵⁹：

第一目 避免造成誰是專家之困擾

從權力分立之角度司法對於行政之合法性有權進行審查，判斷餘地之理論也僅是司法對行政專業判斷審查密度之妥協，並非司法完全放棄對行政合法性之審查，但是訴願委員會（或其他機關之委員會，如公共工程申訴審議委員會）之訴願程序是一個不折不扣之行政程序，若由專家、學者、公正人士所組成之委員會所作之決定，卻由另一個機關之審議委員會對其決定進行審查，前者為專家，後者亦為專家，此時將陷入「誰是專家」或「專家審專家」的困擾。實務上亦曾有此爭論，行政院公共工程委員會申訴實務中曾有：「……主辦機關之甄審會所為之甄審或決議，固屬專業判斷之範疇，原則應為本會所尊重，惟本會受理此類事件行政救濟仍得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯當不當之情事，司法院解釋第 462 號解釋文同者可參⁶⁰。」換言之，公共工程申訴審議委員會依循司法院解釋所建立起來的「判斷餘地審查基準」，亦對於專家、學者、社會公正人士所組成之「甄審委員會」所作之決定亦認為：「……甄審委員會依評審辦法所為之決議或評審結果如有上列例外（即判斷餘地例外之情形）得由法院判斷之違法情事者，本會依爭議處理規則第 26 條賦予之權利，亦可比照予以審理⁶¹。」本文認為此見解有待商榷，公共工程委員會雖係促進民間參與公共建設法之主管機關，但對於主辦機關所組成之甄審委員會對於甄審之內容、案件之複雜度，果真能比原甄審委員會更專業或投入更多之心力審議。若非，何不令其逕行提行政訴訟進入司法程序，而無須為爭議案件之延宕。

第二目 基於公益及效率之考量

對於由專家、學者組成之委員會所決定之案件，通常爭議較大且涉及公共利益，尤其是國家的重大政策或公共建設（例如蘇花高應否興建或高速公路

⁵⁹ 雖然對於獨立機關（如 NCC）所作成之決定，其行政爭訟途徑學理曾有爭訟究竟應否循訴願程序有所爭議，但最高行政法院 97 年 12 月第 3 次決議就獨立機關的訴願管轄認為應依訴願法第 4 條第 7 款由行政院管轄亦間接認為須經訴願程序。

⁶⁰ 行政院公共工程委員會 2005 年 12 月 2 日促字 094005 號、促字 094006 號審議判斷。

⁶¹ 行政院公共工程委員會 2006 年 4 月 21 日促字 0950001 號審議判斷書。

E.T.C 之建置)，以 E.T.C 而言可能涉及政府部門的施政聲望，建置公司之利益以及數百萬用路人之權益，若爭議時間愈久（此為制度之設計）不僅行政效率將大打折扣，同時對公共利益亦有所折損，基此透過法制之設計，對於專家、學者組成委員會作成決定之案件可逕行提起行政訴訟。

第三目 委員會審查程序正當性已要求

我國行政程序法第 109 條規定：「不服前條（經聽證）作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行政程序。」此乃認為於「聽證」在過程中已給予當事人表示意見之機會，從程序經濟原則可逕向高等行政法院提起訴訟。委員會之審議過程中，晚近亦強調正當法律程序（due process of law）的落實，司法院解釋 636 號關於「流氓」之認定程序認為，依（已廢止）檢肅流氓條例⁶²第 2 條規定：「由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之。」直轄市警察分局、縣（市）警察局認定流氓之初審程序，由直轄市警察分局長、縣（市）警察分局長會同所在地調查處（站）、憲兵調查組等主管首長組成檢肅流氓審查小組，並以會議方式審查認定之（本條例施行細則第 6 條參照）。直轄市警察局與內政部警政署認定流氓之複審程序，則設置流氓案件審議及異議委員會，由警察機關、檢察官、法學專家及社會公正人士共同組成，並以會議方式審查認定之（本條例施行細則第 7 條第 2 項參照）。此等規定旨在藉由審查委員會組成之多元化，保障被提報人獲得公正之審查結果。

審查委員會組成之多元化，固然有助於提升其審查之客觀性，惟欲保障被提報人之防禦權，必須賦予被提報人辯護之機會，除應保障其於受不利益之決定時，得以獲得事後之救濟外，更須於程序進行中使其享有陳述意見之權利。是故於審查委員會之流氓審查程序中，法律自應賦予被提報人陳述意見之機會，始符合正當法律程序原則⁶³。

⁶² 檢肅流氓條例部分條文曾三度遭大法官宣告違憲（參釋 384 號、釋 636 號），本條例 2009 年元月廢止。

⁶³ 司法院解釋 636 號理由書。

第四目 對於委員會決定逕提行政訴訟之疑慮

綜上所述，對於重大爭議委員會之決定可透過立法解決，但此是否有違憲法第 16 條：「人民有請願、訴願及訴訟之權利」之規定，本文認為憲法第 16 條之核心價值在於訴訟權（即司法救濟），而訴願為行政程序之一部分，且基於公益及效率之正當理由，並非完全剝奪人民之權利，反而是基於「紛爭解決之快速」理念讓紛爭儘速，何況我國法制上亦曾基於「程序經濟」原則亦有「免除訴願及其先行程序」之立法⁶⁴，故採此模式可免卻遭違憲之質疑。

第三項 行政監督

這裡所說的「行政監督」係指透過行政手段對專家學者參與之委員予以監督之謂。外聘委員所參與之委員會設立於行政機關內部，理應與機關內部之公務員一般，但由於其特色在於專業、獨立與公正，若施以監督恐會影響其獨立性，是故在外聘委員之自律與他律之間頗難拿捏。主觀上專家學者的學識與經驗自應予以尊重，但客觀上能讓制度運作更為順暢之規範也不應排除。職此之故，外聘委員因現行制度由首長遴聘，或有任期或為個案遴聘，如何透過制度的設計讓外聘委員之參與更具正當與合法性，是為行政監督所要討論的重點。

一般說來，從事物本質觀點，對外聘委員的行政監督無須與傳統公務員之考核一樣，設有考績或獎懲制度，但既然參與公共事務，甚至其決定具有公權力之性質。行政機關對於這些外聘委員亦應該有倫理道德或法律規範加以約束，以作為行政內部之監督，衡諸現行制度可尋繹出以下幾種監督的模式。

第一款 內部監督

第一目 出席紀錄考核

除了個案臨時性遴聘的外聘委員之外，許多專家學者參與的委員會都有任期制。親自參與可以說是外聘委員表現其經驗與學識之具體展現，倘若外聘委員經首長遴聘之後，身兼數職，不克參加相關委員會之審議，此時無非尸位素

⁶⁴ 行政程序法第 109 條：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序。」

餐，對於委員會外聘委員之出席，行政機關應有完整的紀錄，以作為外聘委員形式上的考核與評定，倘若缺席次數過多，應作為下次遴聘之參考。

第二目 倫理約束

由於各機關遴聘之專家學者並非傳統公務員，有關公務員服務法適用之對象亦未包括外聘委員。但由於外聘委員參與公共事務會接觸到公務機密或者是公共利益之事務，倫理道德的約束可謂係透過專家學者內在信念、反省與社會力量發揮的自律與他律之調和，內化成信念或習慣，從而督促參與公共事務之外聘委員在從事公務活動中，運用正確的倫理準則以作出正確的判斷，倫理約束之內涵可能包括專業展現、參與態度⁶⁵、行政紀律與責任之遵守。雖然倫理道德僅是內在之拘束力並無法之拘束力，但也有不少將倫理道德法制化的趨向產生。

以政府採購之委員為例，政府採法第 112 條規定，主管機關應訂定採購人員準則，復依採購評選委員會委員須知第 5 條規定：「委員不得有採購人員倫理準則第 7 條規定之行爲⁶⁶。機關發現委員有前項行爲者，應予解聘。其屬自主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關之建議名單遴選者，並應通知主管機關，以作為將其自名單除名之依據。機關對於主動求取擔任委員事宜之人員應不遴選其擔任委員。」但是，事實上有關倫理規範之約束，不應僅限於採購評選委員或公共工程甄審委員⁶⁷，對於其他類型之外聘委員倘若涉及公共事務中公權力之行使者，應對於該參與事務類別訂定倫理規範準則，透過該倫理規範之約束，對於外聘委員為行政監督。至於有關倫理規範約束之內容，本文至少應包括以下幾點：

一、外聘委員應依據法令，本於良知、公正執行職務，不為及不受任何請託或關說。

⁶⁵ 尤光付，中外監督制度比較，北京，商務印書館，2005 年，頁 181~182。

⁶⁶ 採購人員準則第 7 條：「本委員會置召集人一人，綜理評選事宜；副召集人一人，襄助召集人處理評選事宜。召集人、副召集人均為委員，由機關首長或其授權人員指定委員擔任，或由委員互選產生之；召集人由機關內部人員擔任者，應由一級主管以上人員任之。本委員會會議，由召集人召集之，並為主席；召集人未能出席或因故出缺時，由副召集人代理之。」

⁶⁷ 民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法增修條文第 10 條，本條係參酌採購人員倫理準則第 4 條及第 7 條訂定，顯見我國有關其他類型之參與並未有倫理規範之約束。

- 二、外聘委員應廉潔自持、重視榮譽、言詞謹慎、行為端莊。
- 三、外聘委員對於所參與之公共事務，對於有利不利之情形均應仔細查察，務求認事用法允妥，以昭公信。
- 四、規範外聘委員不得從事之活動與行為。

倘若機關發現外聘委員有違反倫理規範之約束行為，情節嚴重者得予解聘或列為下次遴聘之參考，但應給予外聘委員有說明或陳述意見之機會。

第三目 限制委員參與公共事務有關之營利活動

從實證經驗發現⁶⁸，參與公共事務之專家學者等外聘委員，由於其社會之真正身分為教授、專業人士（如建築師、土木技師、會計師、律師）在其原來的生涯中有其執行之業務或職業，至於接受政府遴聘為「外聘委員」與其原來業務或職業之間常會有利益輸送或利用「職務」之便而圖自己或他人之利益之情事發生，而引發刑事責任之追究。行政程序之公正要求是現代行政機關的最低度要求，對於與外聘委員有利益關係的活動，至少要做到迴避或應限制外聘委員參與相關的營利活動，有關此部分之查核監督則有賴制度之建立。

第四目 限制不當使用政府未公開資訊

外聘委員從參與的過程觀之，因討論、審議或處理爭議裁決事件，常有接觸政府未公開之資訊，對於此種特權，一旦外聘委員離開參與之職務時，此種政府未公開之資訊並未消失，甚至外聘委員會利用此種未公開之資訊謀取私利，在此部分亦應有內部監督機制，故應合理的限制不當使用政府未公開之資訊。

第二款 外部監督

所謂行政監督之外部監督係指透過外部制度的設計，讓行政機關之運作能攤在陽光之下，以達監督之目的。外聘委員所參與之委員會在對於公共事務之決策、規劃時常被批評為「黑箱作業」，向來委員會運作程序之公正與公開化一

⁶⁸ 晚近，專家學者參與政府採購案擔任相關職務（或委託或評選委員）常被指控圖利第三人或收取賄賂，面對此種社會現象，須健全法制規範，而非僅賴倫理道德之約束，相關判決參新竹地方法院 97 年度訴字第 353 號刑事判決（科學工業園區管理局委託交通大學採購案）。

直是有採委員會國家一致的看法，有關行政監督之外部監督可分為資訊公開與程序公正，茲分別說明如次。

第一目 委員會的資訊公開

在日本，審議會（即類似我國機關設立之委員會）的活動運作，常是爲了維護既得利益的權益，以及讓管轄的行政機關能得到實現政策的正統性，所以被批評爲「行政的保護傘」，基於這樣的批評日本依照中央省廳改革基本法 30 條和「審議會等合理的整頓合理化之基本計劃」提出大規模的改革，但改革之後依然沒有改變，爲免除對審議會公平性的疑慮手段之一即是推動資訊公開⁶⁹。

至於公開之內容原則上是將會議或議事錄公開，大約所有的審議會等活動情形和委員名單公開⁷⁰，而且至少會公開會議情形、議事錄、或議事要旨中的一項⁷¹。

在我國雖然訂有政府資訊公開法，該法第 7 條應予主動公開之內容，在同法第 7 條第 1 項第 10 款規定：「合議制機關之會議紀錄」，並於第 3 項規定，第 1 項第 10 款所稱「合議制機關」之會議紀錄是指由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由、議程、決議內容及出席會議成員名單。此之「合議制機關」並非本文所討論之專家參與之委員會，故法制上無從依尋政府資訊公開法上開規定予以主張。

比較之下，我國似乎應該認真思考將涉及人民權利重大的委員會開會情況予以公開⁷²並透過公開之方式達到監督之目的，本文認爲公開至少應做到以下幾點⁷³：

- 一、審議會委員的姓名於會前公布或是會後儘速公布。
- 二、原則上儘速公開會議或議事錄，以確保議事內容的透明性。此外，若有特

⁶⁹ 西川明子，審議會等・私的諮問機關の現状と論點，レファレンス，2007 年 5 月，頁 64。

⁷⁰ 西川明子，前掲文，頁 64。

⁷¹ 日本，關於審議會縮減合理化之基本性計劃，附錄三，審議會運作方針，第 3 點，審議會總覽，頁 440~441，平成 20 年版，（財）行政管理研究センター（center）。

⁷² 我國晚近行政法院裁判實務，亦有要求專家學者參與之委員會應予公開之訴訟，參台北高等行政法院 97 訴字 1060 號判決；高雄高等行政法院 96 年訴字 926 號判決。

⁷³ 日本審議會等の運営に關する指針（4）公開，平成 20 年，收錄於審議會總覽，行政管理研究センター，頁 440~441。

殊理由不能公開會議以及議事錄時，必須明示其理由，公開議事要旨。但是，進行行政處分、不服審查、試驗等方面之審議會，會因為公開會議、議事錄或議事要旨而有可能影響當事者或第三者的權利、利益或公共利益時，則選擇公開部分、或不公開會議、議事錄或議事要旨。

三、公開議事錄以及議事要旨時，負責機關也要進行公開工作如設立單一窗口供人閱覽、影印、可尋一般路徑進入之電腦資料庫以及網站等。

第二目 程序的公正運作

專家參與的委員會類型不一，若具有行政實質決定權力之委員會，如何讓委員會之運作公正性獲得確保，首要條件應遵守正當法律程序，並要求委員會作成的處分須完整附理由，過程中利害關係人可以要求陳述意見，唯有透過公正程序之參與和確保才能落實對委員會運作的監督。

一般而言，委員會若認為調查審議有特別必要時，應聽取與調查審議事項有密切關係之個人或團體意見，並留意與其他關係者之間公平均衡。

第三款 小結

專家學者組成的委員會雖然隸屬於行政機關，其外聘委員並由首長遴聘，雖然其在知識、專業以及獨立性上無可取代，但是透過制度之設計可讓參與的弊端減少。行政監督透過內部監督機制的建構如出席紀錄之考核與評定、倫理規定約束的訂定，限制外聘委員參與公共事務有關的營利活動以及限制不當使用政府未公開資訊等手段讓參與制度更完善。

此外，透過外部監督尤其是法制設計讓委員會運作的資訊公開化以及架構程序的公正性來落實行政監督。

第三節 行政法院裁判實務考察—以司法審查 為中心

第一項 交通部高公局電子收費系統

台灣實施民營化相較於英美國家，時間尚短，雖偶有爭議但都僅於限法令適用之問題，甚少針對民營化之案件實體上之判斷，迄至民國 2006 年 2 月 24 日台北高等行政法院針對交通部高速公路局有關電子收費系統案（以下簡稱 E.T.C）作出判決，此判決一出引發了行政法學界之關心。一時之間，學術研討針對該判決所引發的相關行政法問題⁷⁴，從 E.T.C 判決所引發出來的行政法爭議包括 B.O.T 契約之屬性究係行政契約或私法契約⁷⁵？行政法院對於專家組成之委員會決定其審查密度⁷⁶，以及 E.T.C 案之行政爭訟問題⁷⁷（含情況判決與停止執行）等問題，學者所發表之論文及相關評釋，從數量上觀之可謂空前⁷⁸。本節為避免不當擴大研究主題，同時本文前述已做之說明所有區隔，對於交通部高公局 E.T.C 案僅設定於與本論文研究有關之議題，亦即甄審委員會所作成決定之司法審查（涉及判斷餘地）密度之討論，並呼應前文所建立之法院對專家組成委員會審查之基準做相關之評釋。

⁷⁴ 單從高公局 E.T.C 判決書內容之份量即可知，台北高等行政法院 94 年訴字 752 號計 111 頁；而最高行政法院 95 年訴字 1239 號計 56 頁，合計近 166 頁，幾乎可成一本小書的份量。

⁷⁵ 顏玉明，我國促參法 B.O.T 契約法律性質初探，載於台灣本土法學 82 期，頁 166 以下，2005 年 5 月；吳志光，E.T.C 裁判與行政契約—兼論德國行政契約法制之變革方向，載於月旦法學雜誌（NO.135），2006 年 8 月。

⁷⁶ 陳愛娥，法律原則的具體化與權限的分配秩序—評量最高法院 95 年度判字 1239 號，載於月旦法學雜誌（NO.138），2006 年 11 月，頁 5 以下。

⁷⁷ 林明昕，論 E.T.C 案中之行政爭訟問題，載於台灣本土法學 82 期，2006 年 5 月，頁 226。

⁷⁸ 此可從月旦法學雜誌（NO134、135、138）及台灣本土法學雜誌 81 期、82 期所刊載之文章可知，與此相關之評論可參見江嘉琪，E.T.C 契約之公、私法性質爭議，台灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 112~115；程明修，行政訴訟類型之適用，台灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 116~121；顏玉明，我國促參法 B.O.T 契約法律性質初探，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 166~176；李惠宗，行政法院對 B.O.T 最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號（E.T.C）判決，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 177~190；林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月，頁 218~225；陳英鈐，行政法院作為行政程序的守護神—評台北高等行政法院對 E.T.C 案裁判，月旦法學雜誌，132 期，2006 年 5 月，頁 150~164。

第一款 事實概要

甲、乙、丙、丁、戊、己、庚等七家公司（申請人），參與交通部高公局依據促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）及相關法令規定辦理徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案（以下簡稱本案 B.O.T）經甄審委員會進行資格預審後，高公局公告甲、乙、丙公司為合格入圍申請人，復經協商及綜合計審後，交通部高公局「公告」甄選決定甲公司（遠東聯盟）為最優申請者，乙公司（宇通資訊科技公司）為次優申請人，乙對該公告不服向高公局「異議」，高公局未處理又向公共工程委員會提出「申訴」，工程會審議中，高公局作成異議無理由，工程會接續就雙方異議之爭點予以審議，工程會審議結果：「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷，有關設立建置營運公司發起人，修改投資計畫，及公平協商部分不予受理，其餘部分駁回」乙公司就不利之部分提起行政訴訟⁷⁹。

第二款 爭點整理

本案涉及諸多爭點，但是本文著重之處在於法院（司法）對於高公局依法組成之「甄審委員會」所作成之決定可否針對相關問題審查，此涉及不確定法律概念之判斷餘地（尤其是公益之概念），故僅就此項爭點內容予以整理說明：

第一目 台北高等行政法院撤銷甄審結果

台北高等行政法院撤銷原處分有關遠通聯盟為最優申請人其理由（涉及甄審委員會部分）認為，本件甄審公告認定遠通聯盟為最優申請人，固係甄審委員會之判斷，屬專門事項之專業性判斷，有其判斷餘地。但本件甄審公告對合格之入圍申請人於協商程序違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事。

台北高等行政法院對於專家組成的甄審委員會之審查決定，以其違反「公益及平等原則」撤銷遠通聯盟為最優申請人之決定，係以學理及實務所建立之審查基準，即「對於高科技及專門性事務由獨立專家委員會所建立之判斷（含

⁷⁹ 本案例由作者整理自台北高等行政法院 94 年訴字 752 號判決；最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

行政之預測及風險決定)，由於法院審查能力有限，而承認行政機關（甄審委員會）就此事項之決定有判斷餘地，但例外若有恣意或違法之情事，仍得由法院進行審查，本案係以「行政之判斷違反行政法一般原則（公益原則及平等原則）」由法院進行審查。其謂：「甄審委員所授權之工作小組為專業之專家學者，應將該用路人權益有損之虞項目列為協商項目，命遠東聯盟於協商時說明、刪除或改正，否則協商程序未命參加人予以說明或附註，列入協商項目，甄審委員以為遠東聯盟營運計畫書所載之標準型費用為合理，其他型於本件中僅供用路人視需要選用，而為甄審，即有違公益原則，應屬違法。」

第二目 交通部高公局上訴理由

一、法院對「判斷餘地」無審查權

高公局經由甄審程序作出甄審決定，係屬專門事項之專業性判斷，甄審委員有「判斷餘地」，則甄審委員本於專業判斷所得之結果，即應為法官所尊重，行政法院對其結果，並無審查之權。

二、獨立專家委員會決定應受尊重

高公局就 VPS 系統未與宇通資訊公司協商及就「DSRC 進階型」、「VPS 豪華型」車內設備單元之定價原則未列入與遠東聯盟之協商項目，乃法律賦予甄審委員專業判斷之行使，其判斷不可替代，應受尊重，非屬甄審程序違背法令，亦非事實認定錯誤，更非逾越權限或濫用權力，應不得為原審審查之對象。原審逾越其對行政機關行使判斷餘地是否適法得行司法審查之界線，以自己之主觀判斷，代替甄審委員之判斷，實屬司法權之恣意⁸⁰，其判決所適用之法規顯然不當，判決當然違背法令。

第三目 遠通電收公司上訴之主張

一、原審未依職權調查證據及認定事實

原審認為「主辦機關僅與遠東聯盟協商 VPS 項目，而未與各入圍申請人協商 VPS，違反平等原則」云云，判決顯有違背法令。原審完全以臆測的方式來

⁸⁰ 此種論點幾乎是當行政機關設置之專業委員會所作決定遭處分相對人認為違法，原審法院介入審查，並認定行政機關違法時，行政機關上訴所主張之理由。

推斷 VPS 協商影響評審項目與評審給分，實有未依職權調查證據及未依證據認定事實之違法，原審對於主辦機關與遠東聯盟協商 VPS（「VPS 協商」）所影響評審給分之項目，及影響甄審評分之結果是完全以臆測的方式來做認定。

二、原審未詢問過任何一位甄審委員

原審完全沒有詢問過任何一位甄審委員，亦沒有調查過各委員評分表，甚至甄審評分彙總表亦未曾翻閱，如何能得知 VPS 協商影響評分項目與程度？故僅能憑藉推測認為 VPS 協商「可能」影響的評審項目，以及認為 VPS 對評分占有重要地位「應係無訛」，而此等判決理由之用詞，都難掩其係出於推測之實情，已至為明確。

三、判決不適用法規及理由不備

原審以其本身之判斷排除主辦機關對「平等協商」之專業判斷餘地，卻未指明主辦機關之判斷有何明顯違背法律原則、認定事實錯誤、違反法定程序或有考量疏漏恣意之處，顯已違反司法院大法官釋字第 319、553 號解釋，而嚴重影響憲法權力分立原則，有判決不適用法規及理由不備之違法。

第四目 最高行政法院見解

一、專業委員會雖享有判斷餘地但法院仍得審查

民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關，惟其既由專業人士所組成，且採行合議制對於專門科技事物（高速公路電子收費系統）之投資建置及營運為評價，將所謂「最優申請人」、「次優申請人」等不確定法律概念涵攝於具體的事實關係，具有專業性判斷性質，仍得承認其有相當之判斷餘地。但若機關判斷逾越或判斷瑕疵法院仍得審查。

二、甄審會行為之瑕疵即為高公局行為之瑕疵

高公局係經由交通部依據促參法第 5 條第 2 項規定授權辦理本件 BOT 案，為主辦機關。揆諸前開說明，原審法院本得就上訴人高公局於實施綜合評審時有無對全體合格之入圍申請人踐行正當程序，有無違反法治國家應遵守之原理原則，加以審查，則其審查本件甄審公告前之協商程序有無違反平等原則及公益原則，以致據為評審之資料不齊全，於法並無不合（未逾越分際）。又高公局

既為本 BOT 案的主辦機關，其為協助甄審委員會辦理與甄審有關之作業所成立工作小組進行之協商程序如有瑕疵，導致據以評審的資料不齊全，造成甄審委員會的評定結果有可議之處，即均應視為高公局行政行為的瑕疵。

第三款 本案判決分析評述

E.T.C 案之行政法院判決之所以會引起各界關注，在於事涉國家重大交通建設之施政，而交通部高公局在辦理高速公路電子收費系統甄審時，係依促進民間參與公共建設法第 44 條第 3 項規定。其特色在於行政機關內設立一個甄審委員會，此委員會係由專業人士組成，代表機關作甄選之決定，於此產生了許多值得研究的問題。首先，民間參與公共建設甄審委員會其地位為何？與機關之關係又為何？（已於前述）其次，甄審委員會之成員（外聘委員）之資格或行為能否成為司法審查標的？舉例來說，若委員會之成員（外聘委員或內派人員）涉及刑事犯罪，對於委員會決定之合法性是否有影響？行政法院可否將之視為重要事項漏未斟酌？又於訴訟程序中，受委員會決定不利益之當事人對於甄審過程之公正性質疑，可否要求法院傳訊「委員」蒞臨詢問？再者，有關委員會之實質決定，行政法院所尊重的判斷餘地密度為何？所尊重的判斷餘地密度為何？凡此均值得進一步論述，本文將從司法審查之角度說明如次：

第一目 組織地位與程序適正之審查

晚近，行政實務較具研究價值者為由機關成員與專家、學者、公正人士共同組成之委員會，而此等委員會所作成之決定大都以機關名義公布，此時「委員會」之地位究係機關或內部單位？實務上大都將之視為「內部單位」唯亦有學者認為，一般行政機關之特定委員會，只要其法律上被賦予管轄權與決行權，則自然得以自己名義而決行有行政機關之地位⁸¹。我國實務上關於委員會之地位常發生爭議。

本問題民間參與公共建設委員會地位為何？最高行政法院之見解⁸²：「……民間參與公共建設委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權之機

⁸¹ 黃錦堂，行政組織法之基本問題，刊於翁岳生，行政法（上），台北，元照，2006 年，頁 286。

⁸² 最高行政法院 95 字判字 1239 號判決。

關.....。」依此實務認為民間參與公共建設委員會應係內部單位而非行政機關。

然據上述，本案之實質決定係由「甄審委員會」僅係由機關首長名義為之，應探討者是，首長有無可能變更「委員會之決定」？若否，應否賦予其機關之地位，此涉未來行政爭訟時應以何者為代表做為行政爭訟之當事人，其中涉及作成決定之委員應否於訴訟上為攻防。例如本案參加人遠通電收公司即主張法院，應直接詢問甄審委員以幫助發現真實並質疑完全沒有詢問任何一位委員即可對甄審內容作成判決？我國實務採上述學界標準，認為「甄審委員會係內部委員會...究非獨立行使職權之機關」本文質疑的是名稱同為委員會有的稱之為內部單位，如直轄市及縣市政府之地價及標準地價評議委員會、各級教師評審委員會⁸³，本案之民間參與公共建設甄審委員會⁸⁴；或為行政機關之地位如衛生署、全民健康保險爭議審議委員會⁸⁵及犯罪被害人補償審議及覆審委員會⁸⁶，於實務上易生爭論。

我國現行實務以形式作為區分之標準，固有其明確之功能，但也常造成爭訟案件中權利主張者之盲點，例如當事人對某一委員會之決定不服，於訴訟中要求專家委員蒞臨詰問並就其所持專業觀點為質問，然我國實務率皆以委員會係合議制為由拒絕。如此一來，委員會成為「位高权重」又不須直接面對質疑的單位。本文認為，基於以下理由如果委員會所作決定，機關首長僅係「橡皮圖章」亦即不可能也不會改變委員會之決定，此時應認為委員會具有機關之地位。

一、從內部單位之性質言

內部單位係行政機關基於內部分工原理，將之劃分之若干小規模之分支組織，既係內部單位機關首長自然對之有指揮監督權，然諸多引進專家、學者、公正人士之內部委員會，為確保其獨立行使職，並不受指揮監督為其特色，兩者性質扞格不入，將之定位為內部單位並非適宜。

二、權利實質保障角度

在委員會作成決定之爭訟案件中，不乏權利受損害之一方要求於訴訟中詢

⁸³ 司法院解釋 462 號。

⁸⁴ 最高行政法院 95 年判字 123 號判決。

⁸⁵ 最高行政法院 91 年判字 2 號判決。

⁸⁶ 最高行政法院 94 年 6 月份法官庭長聯席會議決議。

問「甄審委員」，以本案為例遠通電收公司於上訴（最高行政法院）意旨略謂：「……原審（台北高等行政法院）完全沒有詢問任何一問甄審委員，亦沒有調查過各委員評分表……如何能得知 VPS 協商影響評分項目與程度……」最高行政法院論斷謂：「……VPS 可能影響評分…因涉及甄審委員主觀專業之判斷餘，自無傳喚各甄審委員到案說明之必要。若能將甄審委員會當作訴訟主體，益能增加甄審過程之公開及公平性。」

第二目 甄審委員會決定之實質審查

如前所述，我國行政法院在面對專業委員會之決定時，除有特殊情形外，原則上應尊重甄審委員會之判斷。本案，民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關，惟其既由專業人士所組成，且採行合議制，對於專門科技事物（高速公路電子收費系統）之投資建置及營運為評價，將所謂「最優申請人」、「次優申請人」等不確定法律概念涵攝於具體的事實關係，具有專業性判斷性質，仍得承認其有相當之判斷餘地⁸⁷。行政法院援引實務所建立之判斷餘地審查基準，以甄審委員會對於合格圍申請人於協商程序違背了一般法律原則，即公益原則與平等原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事，行政法院自得介入，換言之，對於甄審委員會之決定為實質之審查。

高等行政法院以「公益原則」作為審查行政行為合法性之依據，是否妥適學者間見解不同⁸⁸，有學者認為⁸⁹，所謂「公共利益」係指，由特殊之私益與公共利益共同組成之「統整概念」。申言之，公共利益與私人利益並非相互對立或涇渭分明的兩個概念。相反的，公共利益乃係整合私益的概念。所以台北高等行政法院認為「用路人之公益」與「遠東聯盟」之私益，彼此互斥，不無疑義。同時，行政法院使用「公益原則」作為審查行政行為合法性之依據，並取代行

⁸⁷ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

⁸⁸ 有學者贊同行政法院判決，認被告機關對公益考量欠缺或不足，參閱陳英鈴，〈行政法院作為行政程序法的守護神〉，月旦法學雜誌第 32 期，2006 年 5 月，頁 158。李惠宗教授則認本案高工局未考量「用路人的一般利用限制」，故缺乏公共利益中之「正當性」要素，進而贊同行政法院之判決，參閱李惠宗，〈行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查〉，台灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 5 月，頁 190。

⁸⁹ 林明鏘，ETC 判決與公益原則，收於氏著營建法學研究，2006 年 11 月，頁 142~145。

政之判斷餘地則須十分慎重，否則不僅行政法院實質上或結果上會取代行政上之「價值判斷」，而且會逾越司法權限，侵害行政權之專業判斷權限。本文認為，對於專家學者組成委員會司法應否介入審查，一如前節所分析一般，大法官透過數號解釋⁹⁰逐次架構出司法之審查基準，但於個案之審查上仍有寬嚴不一之情形，未來尚待諸多個案之分析檢驗才能真正建立起我國司法對專家學者組成委員會實質決定之審查面貌。

第二項 環境影響評估委員會

第一款 案例背景

憲法增修條文第 10 條第 2 項規定：「經濟及科學技術發展應與環境及生態保護兼籌並顧」，此揭櫫了國家在經濟發展與環境保護之基本國策，隨著社會的變遷經濟的快速成長，相對地國家的重大開發亦加速進行，伴隨而來的是對於環境負面的影響，甚至造成難以回復的破壞⁹¹。因此如何在國家從事開發行為時透過科學方法，預先對可能造成環境破壞之因素事先防範及評估以作為決策之參考實有必要。有鑑於此，我國各級主管機關為審查環境影響評估報告有關事項，設有環境影響評估審查委員會⁹²，其層級分為中央、直轄市及各縣所設之委員會。而其成員則包括了專家學者，這些專家進入國家的委員會並替國家作成決策，引發了國家公權力與專家之間的聯結，其中所衍生出來的問題包括專家在各領域間如何取捨，對於委員會的疑問，以及委員御用化等爭議亦逐漸浮現出來，筆者整理近年來較大爭議事件並圖示如次，並以中科七星農場環評案為例，特別針對專業委員會所產生的相關爭議做為探討的對象。

⁹⁰ 尤其是司法院解釋 553 號。

⁹¹ 諸如雪山隧道的開通帶來宜蘭地區之發展，卻相對地亦造成周遭環境的破壞；以及研議中的蘇花高速公路，環保人士憂心可能對花蓮好山好水帶來環境的浩劫，中部科學園區的開發也影響了當地的環境，凡此均面臨一項向來爭論的議題，即環境保護與經濟發展如何兼籌並顧？

⁹² 環境影響評估法第 3 條第 1 項：「各級主管機關為審查環境影響評估報告有關事項，應設環境影響評估審查委員會(以下簡稱委員會)。」

表 7-2 環境影響評估委員重大議題爭議案表

重大爭議案	委員會類別	要旨	參與成員身分	法律、政策爭議
中科三期七星農場開發案	環境影響評估委員會	中科為友達光電量身定作遭致非議，表決 10:8 有條件通過開發案。	◎政府官員 ◎專家學者	◎官方代表，不開會，只投票，係政府政策的投票部隊。
第六屆環保署環評委員（六人）共同聲明	環境影響評估委員會	◎要求政院經濟小組不要給環保署壓力，也不要介入環評會議，更不要替財團排除障礙要求簡化環評程序，限縮環評委員審議範疇，以求快速通過。 ◎行政院回應：環評委員屬於體制內的任務編組，行政院與委員是一體，衷心期待委員本於專業，台灣整體發展盡一分心力。	◎環境學者專家	◎行政院回應：環評委員屬於體制內的任務編組，行政院與委員是一體，衷心期待委員本於專業，台灣整體發展盡一分心力。 ◎環評委員會與行政院之關係為何？
台塑大鍊鋼鐵廠環評案	環境影響評估委員會	◎財團環評委員大戰，業者點名五位環評委員應「迴避審查」，環保署以此為由緩審，並擬全數委員更換，環評委員抗議。	◎律師環委會詹順貴 ◎徐光蓉 ◎文魯彬 ◎李根政 ◎周晉澄	◎環評委員是否為行政程序法之「公務員」？ ◎是否適用行政程序法第 33 條的「執行職務有偏頗之虞」？
蘇花高速公路環境影響評估案（2008.3）	環境影響評估委員會	◎環評委員強烈表達不願再做橡皮圖章。 ◎委員以書面表達意見。 ◎環評委員面臨沉重壓力難做出決定。	◎環評委員 ◎專家學者 ◎政府代表	◎國家應訂出永續經營指標，政策目標。 ◎環評委員以其專業再就其專業作審查。 ◎國家利用環評委員面對民意壓力。
南港 202 兵工廠開發案（2010.4）	◎環境影響評估委員會 ◎監督委員會	◎保留濕地勿過度開發。 ◎為弭平民怨，暫緩半年開發。	◎政府代表 ◎民間人士 ◎專家學者	◎已決定開發可否暫停？ ◎法律之後續處理。

製表／作者

第二款 中科七星農場環評案

第一目 案例事實⁹³

中部科學工業園區開發籌備處民國（下同）96年3月15日成立中部科學工業園區管理局（以下簡稱開發單位）經由行政院國家科學委員會提出「中部科學工業園區第三期發展區（后里基地—七星農場部分）開發計畫」環境影響說明書送審，經被告先後於95年3月17日辦理現場勘查、95年3月23日、95年4月12日、95年4月25日、95年6月2日、95年6月19日5次召開專案小組初審會議，及於95年6月30日召開「環保署環境影響評估審查委員會」第142次會議，決議本案有條件通過環境影響評估審查，並於95年7月31日以環署綜字第0950060540號公告「中部科學工業園區第三期發展區（后里基地—七星農場部分）開發計畫環境影響說明書」審查結論（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂向台北高等行政法院提起行政訴訟，經原審判決「訴願決定及原處分撤銷」上訴人不服提起上訴，亦由最高行政法院判決「上訴駁回」。

第二目 原告主張

一、對於本案程序正當性之質疑

本案於環保署環境影響評估審查委員會第142次大會進行審查時，專家學者有8位投票支持本案應依環境影響評估法第8條之規定，進行第2階段環境影響評估，惟因政府機關興建中部科學園區乃為既定之政策，不斷對外發表本案應儘速通過之言論，有關機關代表的委員顯有失去中立立場及專業審查本案的可能。再者，於本案五次專案小組審查過程中，政府機關代表⁹⁴從未出席，亦未本於其職權，對本案提出任何書面審查意見，僅於大會投票時出席，以致環境影響評估審查委員對本案之表決票數分別為「應繼續進行第2階段環境影響評估」8票與「有條件通過環境影響評」11票，有關機關之代表以委員所佔

⁹³ 本案事實由作者整理自台北高等行政法院96年度訴字第1117號判決；最高行政法院99年度判字第30號判決。相關標題由作者設定，核先說明。

⁹⁴ 行政院研究發展考核委員會副主任委員、行政院農業委員會副主任委員、行政院公共工程委員會副主任委員3個機關代表，

席位之優勢，全部投票給「有條件通過環境影響評估」，卻未實際參與本案之審查，實有違本案審查應為之正當法律程序。再者，在環境影響評估審查委員會第 142 次會議中，居民代表僅有 1 人取得發言機會，許多主張本案應進入第 2 階段環境影響評估之委員，亦在會議主席即被告前代表人張○○強勢主導會議過程之下，無法逐一對本案所涉疑義為完全之陳述，有違民眾參與環評審查之正當法律程序的參與權。

二、對實質決定內容之質疑—即對環境有重大影響之虞之認定

由於當初參與審議之專家意見，與開發單位之環評說明書中各項意見，存有許多差異；而這些差異，正是環評法施行細則第 19 條中所列各款事由，故應符合環評法第 8 條「對環境有重大影響之虞」的要件，應進入第二階段之環評程序，包括選址部分：選址部分⁹⁵；水資源分配部分⁹⁶；水污染的評估爭議⁹⁷。

此外，原告尚提出文化遺址爭議及空氣污染之部分，由於時任環評委員之專家學者，與開發單位之間，存在有歧見，而此種歧見，將有造成環評法施行細則第 19 條第 6 款「對國民健康或安全，有顯著不利之影響者」的高度風險，亦構成「對環境有重大影響之虞」之要件。總之，原告主張大都以「環評委員」在審查時所擬具之意見做為原告指摘環境影響評估委員會決定之原因。

⁹⁵ 后里地區有大片農田，在大安溪、大甲溪上游設立工業區，牽涉整個國家的農業發展、國土利用、國民健康等等，依環評法施行細則第 19 條第 1、2、6、7 款規定，皆屬「對環境有重大影響之虞」的情形。本案之開發並未規劃替代方案，亦有違反環評法第 6 條第 2 項之違法情事。

⁹⁶ 因對於當地農業用水將造成排擠效應，牽涉環評法施行細則第 19 條第 2 款「對環境資源或環境特性，有顯著不利之影響者」，故符合「對環境有重大影響之虞」的要件：參與當初專案小組審查之委員就此曾提出質疑，表示：「由於本案七星農場之工業區需要大量之工業用水量，而開發初期，自來水公司僅能 2 萬噸用水，其餘不足之工業用水，初期欲移撥 5 萬公噸農業灌溉用水，未來則要提高移撥之數量為 13 萬噸農業灌溉用水，依照專業估算，如此將在枯水期間最高排擠近 2 萬公頃的農業用水。根據農委會的統計資料，大台中地區農作面積，包含稻作、蔬果與果品，也僅 4 萬多公頃」（參照環評說明書，第 3 冊，附 27-371~372）。

⁹⁷ 關於水污染的評估爭議，因具有下列爭議，構成環評法施行細則第 9 條第 6 款「對國民健康或安全，有顯著不利之影響」，故構成「對環境有重大影響之虞」之要件：開發單位對於水污染損失估計方式之錯誤。

第三目 台北高等行政法院之見解（針對司法審查）

高等行政法院審查認為，是否對環境有重大影響之虞為「不確定法律概念」，並由專家組成之委員會判斷決定（此案亦寓含有行政上之預測及風險評估），就此承認行政機關（委員會）有判斷餘地，但若行政之判斷有恣意濫用及其他違法情事；亦應承認法院例外加以審查（亦須進一步討論審查密度之高低）。法院對審查內容中之對當地居民造成健康風險問題進行審查並認為：

一、專業健康風險之委員意見並未採納

本件被告依組織規程第4條第1項規定，置委員21人，其中具有健康危險評估專業知識的委員僅有周晉澄委員1人，而周晉澄委員已於歷次專案小組初審會議提出質疑並請開發單位補充說明。依開發單位之答覆說明，僅承諾將來營運後，會將排放量控制於1年750公噸以下，以及會持續監督排放，並未針對周委員之審查意見，作具體之回應，尙難認其已依審查結論為完全之補充或修正。

二、健康風險評估資料提供不完整

本案資料提供並不完整，就健康風險評估部分，因開發單位未提實際採樣與檢測計畫，無法得知是否正確。另該資料僅是隨機單點採樣背景結果而已，要有更完整的追蹤與分析，才能完整的呈現環境衝擊影響。而健康風險危害百萬分之一機率的推估時，必須考慮相關危害物之加乘效應而非僅以個別危害物質之個別效應相加總。

三、小結

台北高等行政法院經綜合事實判斷與相關法律適用，認為基於以下幾點理由認為原行政處分違法，茲整理如后：

(一)行政機關未考慮相關因素

本案確有對國民健康及安全造成不利影響之虞，被告卻在開發單位未提出健康風險評估之情形下，遽認對國民健康及安全無重大影響，毋須進行第二階段環境影響評估，爰為有條件通過環境影響評估之審查，即構成未考慮相關因素，裁量濫用之違法。

(二)事實判斷錯誤

本案唯一具有健康風險評估專業知識之周晉澄委員認本案應進入第二階段環境影響評估，因此，被告及環境影響評估審查委員依據不充足之資訊而作成「有條件通過環境影響評估」之結論，應認構成行政機關之判斷，係出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊之違法。

(三)判斷瑕疵

本件就系爭開發行為是否對環境無重大影響而毋須繼續進行第二階段環境影響評估審查，既有未充分斟酌相關事項而出於錯誤之事實認定或錯誤資訊之判斷而有瑕疵，本院自得加以審查，而認定原處分違法，即屬無可維持，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許。

第四目 最高行政法院之見解

最高行政法院對於本案支持台北高等行政法院之見解而將上訴駁回⁹⁸。綜觀其判決書所載之理由與原審法院大致相同，茲針對委員會之司法審查說明如次：

一、對委員會審查之司法審查基準

行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定（如國家考試評分、學生之品行考核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等）、高度科技性之判斷（如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更。至於可資審查情形與上述同。

二、針對專業委員之意見未予考慮

由於委員會之委員除了政府機關代表外，含蓋其他各領域之專家，上訴人及環境影響評估審查委員依據不充足之資訊而作成「有條件通過環境影響評估」

⁹⁸ 最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決。

之結論，依上開說明，應認構成行政機關之判斷，係「出於錯誤之事實認定或不完全之資訊」之違法。原判決因將訴願決定及原處分均予撤銷，於法即無不合。周晉澄委員之意見，既經第 1 次會議綜合討論後作成結論，即屬多數人之意見，是上訴意旨猶稱，周晉澄委員之意見僅為個人意見，原判決之認定，顯然違反行政院環境保護署環境影響評估審查委員會組織規程第 9 條規定及一般會議所遵循之「多數決原理」云云，亦無足採。

第三款 本案判決分析與評述

第一目 國家面對風險時代來臨應有何作為

本案特殊之處在於環境影響評估本身亦為風險評估，此係國家為實現保護人民之身體、生命及環境基本權所採取之制度，並針對高科技產業的風險控管，其中本案即針對一開發後對當地居民是否會造成身體危害之健康風險加以評估，風險具有嚴重性、全球性（跨地域）及延展性之特色⁹⁹，國家在面對風險社會來臨之際，諸如核能輻射、大哥大的電波危害、食品基因以及環境開發帶來的風險，須負起保護義務，因此不管立法部門風險預防治法的建立¹⁰⁰，行政部門面對風險危機之處理或是司法對風險之審查，從權力分立之角度，可謂國家須總動員來面對「風險社會」的來臨。

本案，行政與司法部門面對「健康風險」的關注顯然不同，尤其當行政部門以專業委員會組成來取代（或代替）首長作成決策，不免令人納悶法官（司法）在這個領域真的勝過委員會的專家？不然法官怎麼能推翻這麼多人所作成的決定，是否有其他的方法讓效率更高？

在本案中法院從合法性的界限加以審查認為，重要資訊的漏未考量造成對判斷事實的錯誤。換言之，機關在未有充足的資訊之下，即作成處分，此行政處分顯然違法。

關於環境影響評估法第 8 條之「審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段影響評估……」此之「有重大影響之虞」係「不確定法概念」，

⁹⁹ 顧忠華，「風險社會」的概念及其理論意涵，政治大學學報第 69 期，1994 年，頁 60。

¹⁰⁰ 李仲軒，以風險預防為核心之科技立法（國立台灣大學法律研究所碩士論文），2007 年 1 月 26 日。

行政法院在面對「不確定法概念」之司法審查，其態度似乎已建構一套準則，即：「行政法院對不確定法律概念之解釋與適用，原則上有完整審查，只有在例外（行政判斷餘地）才受限制。」雖然，架構儼然成形，但實際運作上法院仍會綜合事實而作出介入或不介入之決定。以本案為例，係以例外介入審查之方式，即認為專家委員會對於「健康風險評估」未充分斟酌相關事項而出於錯誤之事實認定或資訊錯誤，而認定「判斷瑕疵」因而撤銷委員會所作成之審查結論，對於行政法院積極介入審查，本文持肯定態度。

於此須進一步論證者，在此事件中涉及居民（公民）、專家及國家（行政機關）三者之關係，在風險社會來臨之際，此等不確定風險事件必然層出不窮，應如何創造三贏而非單贏，此亦是政治及公共行政領域之議題¹⁰¹。有學者指出，要讓民眾（公民）對專家決定科技風險的信任，首先須對風險資料來源的信任，除了設立適當、專業的資訊平台外，更應增加資訊之透明度，同時在風險溝通與風險評估（諸如本案之對當地居民之健康風險評估），在程序上應引進公眾參與（public involvement），無論是社會團體代表、當地居民代表（此並非形式或花瓶式的參與）都應儘早進入決策程序以增強公眾對科技風險之信任，如此方能打破專家及科技官僚對知識或資訊的壟斷¹⁰²。雖然我國環境影響評估法有當地居民之參與（該法第 9 條～第 12 條），包括居民得以提出書面意見（該法第 9 條）、參與界定評估範疇（第 10 條）、進行現場勘察，並舉行公聽會（第 12 條），但此係於進入第二階段環評，若能於重大環評案一提出時即有民眾參與，將此複雜的科技風險，轉化為公眾正常生活的學習，對話與價值判斷之過程，將使政府之風險決策成為民眾所信任，進而減少不必要之抗爭¹⁰³。

第二目 司法在面對國家重大開發案時審查密度為何

重大開發或設廠案，通常涉及高科技且專業及複雜的案件，法院如何審查？尤其又有專業委員會的組成，理應審查密度降低。實則不然，德國法院仍得審查實體面及程序面，審查密度仍然很高，但如何平衡對行政部門決策帶來的衝

¹⁰¹ 諸如公民對專家的不信任，包括專家涉案或臣服於機關之指令，或專家過於偏執等現象。

¹⁰² 周桂田，獨大的科學理性與隱沒（默）的社會理性之對話－在地公眾、科學專家與國家的風險文化探討，載於台灣社會研究季刊，第 56 期，頁 10～11，2004 年 12 月。

¹⁰³ 此觀之過去的「拜耳與杜邦投資案」以迄最近的「大哥大基地台設置案」都引發了民眾的質疑與不滿。

擊，實非如憲法增修條文所言，（§10 II：經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧），如何在環保與產業經濟下平衡，實非易事，此有賴行政、司法部門尋找出雙贏模式。以本案為例，法院對於行政行為的合法性控制達到甚高的密度，亦造成行政部門的壓力。

學者指出，爲了緩和司法裁判對行政部門或業者所造成的衝擊，乃經由判決之累積與修法，而將程序性之瑕疵及裁量瑕疵或就局部未能依法完成的調查所致之瑕疵之法律效果加以限制。換言之，此類瑕疵原則上將不導致處分之無效或得撤銷，行政部門僅得改正或補作相關規定，行政法院應停止審判以待行政部門完成補正¹⁰⁴。

¹⁰⁴ 黃錦堂，由德國法之發展論我國行政法院之審查密度，收於行政訴訟論文彙編（第二輯），司法院印行，1999年6月，頁32～34。

第八章 外國法制之借鏡－以英日委員會 為中心

第一節 前言

在論述我國外聘委員之相關議題與爭點後，本章將進行我國與外國法制之比較研究，而研究的對象係以英國及日本為主。從行政組織與政府改造的角度言，雖然英國法系與我國相去甚遠，但晚近組織改造深受英國影響(尤其是 1979 年後英國首相余契爾夫人 (Margaret Thatcher) 的改革)，本章將以英國最近改革的行政裁決所 (Administrative Tribunal) 相關制度，包括其歷史沿革、特色、組成員資格以及運作，當然外國法制並非與我國相同，本文毋寧較重視外國法制對我國之啟發。

另外，日本地理位置與我國相近，法制差異不大作為比較國家最適宜。本此，本文將以日本存在已久的「審議會」作為研究中心，由於日本審議會數量的增加，學術界亦意識到此問題並提出縮減審議會數量之議，日本於平成 11 年 4 月 27 日內閣會議決定縮減，並提出基本計劃，從平成 10 年的 211 個到 105 個，迄 2008 年為止有 118 個。相較於此，我國對於存在於中央與地方機關的委員會 (含審議、諮詢、爭議裁決、調查、監督等)，尚未有任何改革與意識，但層出不窮之批評，在學術的議論上似乎亦未引起過多的關注。基此本文將以日本審議會為中心(不同於日本的行政委員會)介紹日本審議會現狀以及其類型、成員運作，並介紹日本的改革發展，以作為我國機關內委員會發展之參考。

第二節 英國－以紛爭裁決所為中心

現代國家除了法院之外，行政機關在面對人民與國家之紛爭以及其私人間之紛爭時，在各別法律中設有行政糾紛解決之制度，除了機關之成員外，亦引進專家、學者或社會公正人士共同組成「委員會」而此等委員會則依其事件冠以不同之名稱以我國為例，有調解委員會¹、申訴委員會²、訴願委員會³...等。

¹ 性騷擾防治法第 16 條；政府採購法第 85 條之 1；消費者保護法第 44 條之 1；積體電路布局

無獨有偶的，採司法一元主義的英國行政法制，亦有為數不少用以解決私人間⁴以及人民與政府間的紛爭解決機構名之為“Tribunal”（裁決所）或“Administrative Tribunal”（行政裁決所）或“commission”（委員會）或“Panel”（專門小組）其歷史可溯自一百年前。晚近，2007年英國國會通過“Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007”對於裁決所制度做了重大的改革並仍持續進行中。茲就其概念、功能、類型說明如后。

第一項 行政裁決所之概念

在英國，裁決所（tribunal）這個名稱係用於指涉處理私人與政府之間的紛爭裁決機構，亦有處理私人與私人間之紛爭，由於歷史上的原因，其所使用的名詞不一，如 Tribunal（裁決所）⁵；Commissioner（專員）⁶；Commission（委員會）⁷；Adjudicator（仲裁員）⁸；Panel（委員會）⁹；裁決所（Tribunal），在英文中之詞義係指「裁判機構」不限於法院，亦不限於行政裁決所，在歐洲人權公約第6條第1款規定：「由一個獨立不偏不倚的裁判機構聽審之權利」，此之裁判機構（tribunal）係指行使司法職權的裁判機構，除了包括法院以外，亦不排除行政裁決所，是故關於裁決所（tribunal）之意義及定位在英國文獻上常有爭論的一個話題是，它究係行政機構或司法裁決？本文所使用之裁決所（tribunal）係限縮於行政裁決所（Administrative tribunal），在韋德（Wade）教授的行政法（Administrative Law）一書中使用「法定裁決所」（Statutory Tribunal）這個名稱亦頗為貼切¹⁰，蓋英國行政裁決所之設立均係來自於制定法之規定，

保護法第36條。

² 身心障礙者保護法第7條、勞動基準法、教師法第29條、消費者保護法第43條。

³ 訴願法第52條。

⁴ 處理私人間紛爭之裁決所以勞資裁決所最著名，Stephen Taylor, *Astra Emir, Employment Law-An Introduction*, 562 (2007)。

⁵ Consumer Credit Appeals Tribunal 係於自於 Section 40A of the Consumer Credit Act 1974 (c39)；Agricultural Land Tribunal 係於自於 Section 73 of the Agriculture Act 1947 (c48)。

⁶ Child Support Commissioner 係於自於 Section 22 of the Child Support Act 1991 (c48)。

⁷ Foreign Compensation Commission 係於自於 Section 1 of the Foreign Compensation Act 1950 (c12)。

⁸ Section 5 of the Criminal Injuries Compensation Act 1995 (c53)。

⁹ 如 rent assessment panels。

¹⁰ H.W.R. Wade & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 905 (2004)。

這與福利國家興起，大量社會立法為解決私人與政府間之紛爭而設立有關，最早的所得稅裁決所（Commissioners of Income Act 1911）目前仍然持續運作¹¹，其後續陸續增加，其所處理的案件相當廣泛，每年大約有一百萬件¹²，同時在英格蘭和威爾斯（England and Wales）大約七十種不同類型的行政裁決所，其所扮演解決紛爭的角色甚至超過法院，然而行政裁決所畢竟與傳統的法院不同，是故在成員的任命、審理的程序上仍然須視不同的行政裁決所而有不同的方式，施行半世紀以來¹³固然解決不少紛爭，但隨之而來亦產生不少問題。由於種類與數量很多，但其職能總括來說不外有二，一是裁決與處理民事糾紛的行政裁決職能，另一是針對人民對行政決定或不服提起申訴的行政裁判（具準司法性），兩者都是行政機關以司法者的角色居中裁決與行政管理有關之行政爭議行為。

第二項 行政裁決所之功能

傳統上紛爭之解決係依賴法院，然而由於法院在實踐正義方面須做到嚴謹而無漏洞，但也因為如此最為人所垢病者在於案件的拖延，在現代社會處處強調效率（efficiency）的今日無法滿足人民的需要。其次，法院的成本（cost）昂貴，一般人民負擔不起，是故在法院之外透過立法方式提供解決紛爭機構的模式不少，行政裁決所的興起與社會福利國家大量社會立法有關，用以解決人民與政府間之紛爭，諸如政治庇護、移民、社會保障、年金、心理健康、交通運輸等案件，其功能如次：

第一款 行政裁決所專業性

隨著社會的多元化、分工化、專業（Expertise）的要求日漸獲得重視，法官對於法律的適用是專業者，卻是其他領域的外行人（lay man），尤其是事實問題的認定，如果是涉及高科技、食品安全標準、公共工程安全性、稅務以及身心殘疾的狀態判斷案件，須仰賴該領域的專家（expert）。諸如社會保障（Social Security）案件、特殊教育（Special education）、肉類衛生（Meat Hygiene）、心

¹¹ U.K White Paper 3.25（2004）。

¹² Sir Andrew Leggatt, Tribunals for Users-One System, One Service, 5（2）（March.2001）。

¹³ 此係指 1957 Franks Reports 之後 1958 年的 Tribunals and Inquiries Act 1958 迄今（2008.10）。

理健康 (Mental Health)、政治庇護與移民 (Asylum and Immigration) 等，須有對該領域專門知識的專家方能對「事實問題」有釐清與認定之能力。在此氛圍下，以該領域專家（法律是外行）加入紛爭之解決更能獲得當事人之信賴，於是在諸多的制定法中紛紛成立了裁決所機制，用以解決人民與政府間的糾紛，如此亦可大量減輕法院的負擔。是以行政裁決所用來解決糾紛所具備之優點，在於其成專業性獲得肯定¹⁴。

第二款 行政裁決所的獨立性

人民對政府機關之決定或措施不服 (Complain) 向該決定的機關反映，通常所獲得的答案並不會令申訴人滿意，尤其官僚習氣重的機關很難想像會有令人滿意的結果，於是在機關之外設立一個獨立 (Independent) 的裁決機構來處理 (handle) 民眾的不滿 (complain)，在公共部門的改革中，早在 1990 年代，英國內閣辦公室 (Cabinet Office) 建議應設立「獨立審查」(independent review) 的機制並獲得回應，紛紛建立諸如 1993 年公斷人辦公室 (Adjudicator's Office)，至此各機關亦紛紛設立，如 1995 年關稅法 (Customs and Excise 1955)¹⁵。

第三款 行政裁決所的簡便性與非正式性

相較於法院審理程序之嚴格證據要求及律師代理下，行政裁決所具有簡便性 (simple) 與非正式 (informal) 之功能，這對於使用該制度的使用者 (Users) 而言，他可以提出對案件之結果不服，同時可以不用拖延過久，並快速地獲得結果，這一點與法院有截然不同的不同。此外，人民亦可向地區 (local) 的裁決所申訴並進行他們案件的審理¹⁶。

第四款 行政裁決所的經濟性

如上所述，行政裁決所的設立與福利國家的興起有密切關聯，為了貫徹新的社會政策的需要，成本低廉 (cost cheaper)、迅速及分散地裁決大量個別的案件，如社會薪貼、年金、殘障補助等除了需要有「專業人士」專門知識之協助

¹⁴ Smith and Keenan's English Law. (Text and Cases) 76 (2007); Wade & Forsyth, Administrative Law 908 (2004)。

¹⁵ U.K White Paper 3.14 (2004)。

¹⁶ Smith and Keenan's, 76。

外，當然儘速協助社會正義的實現的另一個目標，即在於「以最少的成本獲致最大的效應」，試想一個薪貼的案件獲聘請一位律師出庭經濟效益並不符合，而行政裁決所的案件可以不由律師出庭，而由工會的官員、社會工作者（social worker）等人士來代理出庭，在成本上對於申訴者是有極大的誘因。

第五款 行政裁決所的靈活性

行政裁決所相較於法院（court）所具有的特色是具備「靈活性」（Flexible approach），一般說來，英國法院一旦作出判決，那就構成一個有約束力的先例，其他法官將來遇到同類事件即應加以遵循，如此固有其穩定性，但相對地新型的案件，這個原則即顯得「僵化」無法面對新興的事務，同時法院在適用法律方面均採嚴格規定，例如訴訟行為、證據規則、法律解釋方面，與之相對「裁決所」在作出決定時，即必須遵循規則，但也必須保持高度的靈活性亦即不受先前裁決案件之拘束¹⁷。

第三項 行政裁決所之類型

根據 2001 年 Sir Andrew Leggatt 的研究在英國（指英格蘭和威爾斯）大約有七十種的裁決所，每年約處理一百萬件案件，在七十種的行政裁決所類型中，只有二十種行政裁決所每年處理的案件超過五百件，許多行政裁決所已「名存實存」有些則從來沒有運作過¹⁸，該報告亦提出批評認為，諸多的行政裁決所缺乏體系，而是在制定法無計劃地成立而且分別由不同部門管理¹⁹，彼此之間差異甚鉅 Sir Andrew Leggatt 建議應透過整合建立一個真正符合使用者（Users）使用的行政司法（Administrative Justice）體系的服務，即其報告之名稱“Tribunals for Users—One System,One Service”他的建議後來為政府所接納並採取一連串的改革（2001～2009），由於現存行政裁決所相當龐雜，而又有各別不同制定法賦予法定地位，是故在整合過程中工程費時，國會並於 2007 年 7 月 19 日通過改革法案即「Tribunals,Courts and Enforcement Act 2007」正式成為

¹⁷ Peter Leyland & Terry Woods,Textbook on Administrative Law (3th Edition) 101～102,(1999)。

¹⁸ Andrew Leggatt , Tribunals for Users-One system.One Severice,P5(1) (March 2001)。

¹⁹ 此點與台灣頗為類似，例如關於農民保險爭議事項則設有爭議審議委員會，（參農民健康保險爭議審議事項審議辦法），而農民保險機關為「內政部」（農保條例§3），教師之停聘、解聘、不續聘於教師法中亦有「教師申訴評議委員會」之設（參教師法§29）。

法律，並針對裁決所相關問題進行改革，此法為自 1992 年 *Tribunals and Inquiries Act* 後「行政裁決所」的重大改革，於該法中包括強化行政裁決所司法管轄的獨立性（*Tribunal Judiciary: Independent and Senior President*）²⁰設立初級裁決所與上級裁決所²¹（*The First-tier Tribunal and The Upper Tribunals*）、裁決所功能的移轉（*Transfer of Tribunal Functions*）²²某些裁決所行政事務之規定（*Administrative Matters in Respect of Certain Tribunals*）²³行政裁的行政監督系統（*Oversight of Administrative Justice System, Tribunals and Inquiries*）²⁴...以及司法任命（*Judicial Appointments*）等，此可謂近五十年來最大的改革，有關裁決所之類型，將之整併為十八類²⁵，以下僅就案件量較多的英國行政裁決所類型簡介²⁶：

第一款 政治庇護與移民裁決所

政治庇護與移民裁決所（*Asylum & Immigration Tribunals*）是與司法部有關的執行機構（*executive agency*）²⁷，其目的在於聽審對於內政部有關於政治庇護、移民、國籍等事項的決定與不服上訴的聽審係由一個或多個移民法官（*immigration judge*）和有時伴隨非法律成員組成，這些成員係由上議會首席（*Lord Chancellor*）任命組成一個獨立的審議裁決機構²⁸。該裁決所在 2007 年 4 月迄 2008 年 5 月的統計數字（*statistics figures*）顯示所處理案件甚為龐大，總

²⁰ See, *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, Section 1.2。

²¹ *TCEA Act 2007*, Section 3。

²² *TCEA Act 2007*, Section 30~38。

²³ *TCEA Act 2007*, Section 39~43。

²⁴ *TCEA Act 2007*, Section 44~45。

²⁵ 網站並從字母 A 到 Z 分別列出，參 <http://www.tribunals.gov.uk>（2008 年 9 月 25 日瀏覽）。

²⁶ 相關資料來自於 U.K. *Tribunals Service* 網站，<http://www.tribunals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 25 日。

²⁷ 在英國，執行機構（*Executive Agency*）是一個非常特殊的組織，它不是中央政府亦非地方政府部門，故稱為「*Non-Departmental Public Bodies*」，此類組織係於自於 1988 年一份名為「提高政府管理：下一步」“*Improving Management in Government: the Next Step*”的報告，它是建立在一種半自治（*Semi-autonomous*）的基礎上，一般有公務員及一個執行經理（*chief executive*），其目的係為了提高對公民及其他政府部門的公共服務，特色在於執行機構與政策無關，它代表政府承擔廣泛的行政管理、規制、執行及商業職能，例如種族平等委員會「*the Commission for Racial Equality (CRE)*」、高等教育基金會「*the Higher Education Funding Council*」，英國當代的行政立法，大都會設立一個機構專門負責該法的實施以及該法所創制定法權利的落實，迄 2004 年有 127 個執行機構，雇用人員 277,000 每年花費超過 180 億英鎊。進一步文獻 See *H.W.R Wade and C.F Forsyth, Administrative Law*, 47~49 (2004)。

²⁸ <http://www.ait.gov.tw.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

計約 161517 件，包括政治庇護 13700 件、移民 85874 件、簽證 61498 件、人權案²⁹ 48 件，可以說是裁決所案件量的大宗³⁰。

第二款 照護與心理健康裁決所

照護與心理健康裁決所（Care & Mental Health Tribunals）係處理有關兒童和弱勢成人（vulnerable adults）教育及工作有關問題，其中照護標準裁決所（Care Standar Tribunal）係依據 1999 年兒童保護而設立；而心理健康裁決所之設立及運作係依據 1983 年心理衛生法及 1983 年心理健康裁決所規則，裁決所的成員係由司法部所任命全英國有很多分支的裁決所，它為獨立的司法機構（judicial baories），其主要工作是審查被留住病人的照顧，同時有些案件亦會涉及對於爭議案件作一個平衡的判斷，諸如，個人自由、公益的保護以及個人最佳之利益，其主要的權力為解除病人住院和建議病人轉院等³¹。

第三款 慈善事件裁決所

慈善事業裁決（Charity Tribunal）所係依 2006 年慈善事業法而建立的獨立組織，其主要職責為對「慈善事業委員會」³²的決定案件上訴之聽審及審查，在 2008 年 3 月 18 日之後該裁決所僅對「慈善事業委員會」作成之決定有管轄權。

第四款 消費者信用申訴裁決所

1974 年消費者信用法提供一個許可的方式，由公平交易部（the Office of Fair Trading COFT）提供商人有關消費信用相關事宜，2006 年該法修正提供建立了獨立裁決所，並於 2008 年 4 月 16 日聽取有關許可執照的決定案上訴³³。

²⁹ 人權案包括種族歧視（Race.Discrimination）和公民上訴權之剝奪（Deprivation of Citizenship appeals）。

³⁰ 關於 AIT 進一步文獻 See Gina Clayton,Immigration and Asylum Law(3th Edition)255(2008)。

³¹ <http://www.mtrt.tribunals.org.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

³² <http://www.charity,tribunals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

³³ <http://www.consumercreditappeals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

第五款 刑事傷害賠償金上訴裁決所

刑事傷害賠償金上訴裁決所 (Criminal Injuries Compensation Appeal Panel) 審理對於刑事傷害賠償當局 (CICA) 所決定的上訴 (不服) 案件，該裁決所有 75 位兼職的成員，由裁決所主席領導，並由上議會首席任命包括法律和醫學資格和不同背景的外行人。其目的係使刑事犯罪之受害者有權上訴並對該案件能夠審慎 (sensitive)、公平 (fairly)、獨立 (independently) 地處理³⁴。

第六款 教育裁決所

特殊教育需求裁決所 Special Education Needs and Disability Tribunals (SENDIST) 係因 1993 年教育法而建立，如果父母不同意地方教育當局 (LEAS) 對孩子的特殊教育需求作的決定而提出上訴，裁決所審理相關上訴；同時亦審理父母對學校的殘障歧視行為所提出權利要求³⁵。

第七款 勞資裁決所

勞資裁決所 (Employment Tribunals) 為一司法組織係解決雇主與勞資之間有關勞資權益事項，包括不公平解僱 (unfair dismissal)、減薪 (redundancy payments) 和歧視 (discrimination) 以及有關勞工的工資及其他費用，勞資裁決所像法院 (court) 但不那麼正式 (formal)，例如成員無須戴假髮 (wig) 或著法院袍之長禮服 (gown)，然而，它們必須像法院獨立的行為而且不能給予法律建議 (Legal Advice)，幾乎所有的聽證都必須對大眾公開 (open to the public)；另外尚有勞資上訴裁決所 (E.A.T) 其係依 1996 年勞資裁決所法而設立，主要職責是審理勞資裁決所的上訴案件，然而必須基於法律問題 (a point of law) 才可以，例如原始決定有法律上的理由，通常上訴裁決所不審理事實爭議³⁶，上訴之審理通常由高等法院或巡迴法院法官獨自審理，有時亦有二位外行成員 (lay members)，而外行成員必須在勞資關係事務上具有實務經驗 (practical experience)。

³⁴ <http://www.cicap.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

³⁵ <http://www.sendist.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

³⁶ <http://www.employmenttribunals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

第八款 運輸裁決所

運輸裁決所 (Transport Tribunals) 係依據 1985 年運輸法而建立的獨立司法組織，它的管轄職掌有三，其一，對於交通委員會的決定不服可以向它提出申訴，而交通委員會係處理包括大貨車和公共運輸服務系統的營運執照，其二，對於汽車教練認證的登記，此外尚依 2000 年的郵政服務法解決紛爭。上述這些管轄構成法院服務的一部分成為大法官部 (The Lord Chancellor's Department) 的執行機構 (executive agency)。該裁決所的組成，有一位法律背景所領導的主席其他法律的成員，以及具有對交通運輸法律及程序熟悉且具備實務經驗之非法律成員 (lay man)³⁷。

第九款 社會保障裁決所

社會保障裁決所 (Social Security Tribunals) 所處理的案件位居三大之一，包括社會保障及兒童扶助之申訴 (Social Security & Child Support Appeal 簡稱 CSSCSA) 和戰爭退休金 (War Pensions) 薪貼案。

第一目 SSCSA

SSCSA 是司法部下的執行機構亦為裁決所服務系統的一部分，係由兩個單獨的組織所組成，其一，是一個獨立的上訴裁決所功能，此為「司法上的功能」由上訴裁決所主席負責；其二，為「行政上的功能」由裁決所服務系統的執行長 (Chief Executive) 負責，SSCSA 係負責獨立聽審就業與年金 (The Department for Work and Pensions)，包括兒童扶助、身心障礙和照顧者的服務的案件的案件，該裁決所的目的係希望達成對當事人上訴的案件能夠公平和獨立的作成決定並盡量符合 (meet) 所有當事人上訴的期待 (expectations)³⁸。

第二目 退職金上訴裁決所

退職金上訴裁決所 (The Pensions Appeal Tribunals) 係負責退伍軍人 (ex-servicemen or women) 向國防部 (the secretary of state for Defence) 申請戰

³⁷ <http://www.transporttribunals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

³⁸ <http://www.appeals-service.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

爭退職金遭拒絕的案件，該裁決所在 1943 年早已建立 (set up) 並且自 1919 年戰爭退職金法以來即成為大法官負責的一個分支³⁹。

第三目 社會保障和兒童扶助委員會

社會保障與兒童扶助委員會 (Social Security and Child Support Commissioners)，其專員 (commissioner) 係由女王任命的特別法官 (special judges)，他們對於社會保障上訴裁決所有關法律爭點 (points of law) 作成決定，它們處理的案件包括社會保障 (social security)、稅務信用 (tax credit)、兒童扶助 (child support)、住房津貼 (housing benefit)、補償金的回復 (compensation recovery) 以及對於戰爭退職金的上訴案等，目前在英國有首席專員 (chief commissioner) 一名，蘇格蘭資深專員 (senior commissioner) 一名，其餘專員有 14 名、副專員 (Deputy commissioners) 有 18 名⁴⁰。

第四項 行政裁決所近期的重大改革 (2000~2010)

第一款 改革背景

隨著社會福利國家 (state of social welfare) 的興起，大量的社會立法中設立了裁決所，此乃為了避免司法的遲延，紛紛在不同的法律中，形成對於該類事件所造成的紛爭或對政府的不滿 (complain) 可以向裁決所申訴 (Appeal)⁴¹，雖然它具有效率、便宜、減輕法院負擔等功能，但是由於數量龐大的裁決所係源自於各別不同的制定法賦予其法定地位，雖然經歷了 1958 年、1971 及 1992 年行政裁決所及調查法 (Tribunals and Inquiries Act 1992) 的立法，某種程度提供了行政裁決所共同程序的規範，但隨之而來也產生了不少問題，包括各別裁決所分屬不同部會 (Department)，大約 70 種類的裁決所，有的案件負荷量 (case load) 相當大，但也有一些裁決所幾乎沒有案件⁴²，此外關於裁決所的定位亦未

³⁹ <http://www.pensionsappealtribunals.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

⁴⁰ <http://www.ossesc.gov.uk>，造訪日期 2008 年 9 月 28 日。

⁴¹ 諸如 Mental health Tribunal 係依 The Mental Health Act 1983 (c3)；National Health Service Tribunal 係依 The National Health Services Act 1977 (c49)；Social Security 係依 The Social Security Administration Act 1992 (c5) 等，這一點與台灣頗為相似。

⁴² Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals, 15 (2004)。

釐清，在英國適用歐洲人權法之後，裁決所是否為法院？同時其程序應否遵守正當程序，再者對於使用者（Users）而言，裁決所過於專業，救濟或上訴之要件不一，應否使用法律代表對於一般人民而言而感到困惑？以及是否需要一個更統一連貫的系統來取代目前雜亂不一的行政裁決所。

政府意識到此問題，於 2000 年 5 月任命上訴法院退休法官 Sir Andrew Leggatt 為首的研究團隊，於 2001 年 3 月提出了「Tribunals for Users-One System,One Services」自此展開了十年內英國行政裁決所的改革，目前仍持續進行中，茲先就其改革時程圖示如次，並就改革內容說明於后⁴³：

表 8-1 裁決所改革政府白皮書時程表

(The Timetable for Tribunal Reform in the Government's White Paper)

2001 年	8 月	Leggatt 研究報告出版和公開諮詢開始
2003 年	3 月	大法官（Lord Irvine）宣布政府決心建立新裁決所服務
	11 月	Lord Filkin 在對裁決所委員會會議演說中建立更廣泛的改革願景
2004 年	2 月	憲政事務部（DCA）裁決所從法院服務分出到新制度的核心
	6 月	◎所得稅裁決所的行政移轉到 DCA 的裁決所集團。 ◎法律委員會住房判決計劃開始
	*7 月	白皮書出版
	9 月	新裁決所機構執行長任命
	10 月	Better information 計劃開始
2005 年	1 月	PDR 試點（Pilot）和提昇諮詢方案開始
	4 月	裁決所服務執行機構開始，並接管憲政事務部（DCA）裁決所行政。
	6 月	法律委員會對住房判決的法律報告法院和裁決所法案出爐
	10 月	Better information project 報告
2006 年	12 月	Royal 委員會同意法院和裁決所法案
	1 月	不同型態（裁決所）成員角色的研究
	3 月	提昇諮詢評估和 PDR 方案出版
	4 月	◎裁決所服務機構開始 ◎裁決所程序委員會建立 ◎特殊教育需（SENDIST）和勞資裁決所（E.T）加入新服務 ◎Council on Tribunal 改為 Administrative Justice Council（行政司法委員會）
	12 月	角色研究報告
2007 年	1 月	*地方政府裁決所研究開始
	4 月	上訴服務加入 單一司法辦公室運作 行政上訴裁決所運作
	5 月	法律委員會住房判決的最後報告
2008 年	1 月	地方政府裁決所研究報告
	4 月	CICAP 和心理健康裁決所加入
2009 年	4 月	剩下的中央政府裁決所加入新的服務

⁴³ Trevor Buck, David Bonner Roy Sainsbury, Marking Social Security Law-The Role and Work of the Social Security and Child Support Commissioners, Appendix 6 (2005); source: White paper, 55 (2004)。

資料來源：U.K.White Paper p55 (July 2004)

第二款 近日改革成效

本文所指之「近日」係指從 2000 年 5 月英國政府任命退休上訴法院法官 Andrew Leggatt 展開對「裁決所」之全面研究迄今，包含英國政府配合的改革行動，約略分為：1.Andrew Leggatte 報告；2.英國政府回應；3.Tribunal,Court and Enforcement Act 2007 的制定以及 4.持續的改革，茲逐次說明如后：

一、Andrew Leggatt 的報告

由政府任命的 Sir Andrew Leggatt 在 2001 年 3 月提出了一份名為「Tribunals for Users-One System,One Service」的報告，該報告被喻為繼 1957 年 Franks 之後對「裁決所」缺點之指正最重要的文獻，在英國行政法新版教科書屢被援引，該報告提出了諸多重要的建議：

(一)政策決定機構與裁決機構應予分開

政策和決定係某中央機關若對之不服之裁決機構亦由該機關任命和由其所支付並不妥適，兩者應該加以區分，並由大法官部承擔任命管理裁決所之職責。

(二)為裁決所的使用者創造一個更友善的系統

對於使用裁決所的資訊 (information) 應考量使用者，從案件開始、準備聽證以及如何更有效 (effectively) 的讓使用者參與 (participate) 等，應創造出更友善的使用系統 (a more user-friendly system)⁴⁴。

(三)建立 Tribunals Services 作為服務的平台

The Tribunals Services 設於大法官部 (the Lord Chancellor's Department) 作為一個執行機構 (Executive Agency) 並隨時為使用者提供高品質的服務和回應使用者的問題⁴⁵。

(四)設立第一級和上級裁判所

對現有裁判所的體系大規模進行調整，並設立第一級 (First-tier) 裁判所與第二級 (Upper-tier) 裁判所，構成一個統一的裁判所體系，此意

⁴⁴ Andrew Leggatt Report 29 (2.23,2.31 Ministerial Responsibility)。

⁴⁵ Andrew Leggatt,215。

味著為公民提供一個統一且全面的裁判所體系；同時應為所有裁決所確立一個統一的上訴體系，例如法律問題可以從第一級、第二級到上訴法院提起⁴⁶。

(五)程序保障方面的改革

對於目前裁決所使用者所面臨的程序障礙，應提高裁決所的品質，同時確保每個案件都能夠實現與該性質相當的快速和低廉成品⁴⁷。

(六)繼續保留 Council on Tribunal（裁決所委員會）

Leggatt 的報告建議應繼續讓裁決所委員會繼續存在，同時並監督裁決所制度改革之新發展。

二、政府的回應

在 Leggatt 的報告出爐之後，主其事之大法官部分別在 2001 年 8 月及 2003 年 3 月提出諮詢報告及回應；同時在 2004 年英國政府公布了一項白皮書名為，改革公共服務：「申訴、救濟與裁決所」《Transforming Public Services:Complain,Redress and Tribunals》在白皮書內容中提出了行政司法方面的相關改革，茲說明如次⁴⁸：

(一)致力提供符合民眾期待高品質的服務

在政府的白皮書中數度提及“customer”（顧客），其認為政府有義務為尋求解決案件的顧客提供最終的視野，不僅要透過裁決所的改革，同時也要從源頭上解決爭議形式。

(二)啟動建立統一裁決所服務計劃，以取代現有分散的裁決所，並分段實施整併工作，到 2009 年新裁決所進入全面運作的階段，調整後的組織係由中央政府管理。

(三)中央政府的裁決所由新成立的憲法事務部（DCA）的執行機關負責管理，並就相關裁決所作整併。

(四)改革之後，裁決所的使用者的預期利益有：裁決所可獲得明顯的獨立性，

⁴⁶ Andrew Leggatt,218。

⁴⁷ Andrew Leggatt Report 3.27。

⁴⁸ 以下資料請參 Transforming Public Services:Complain,Redress and Tribunals，2004 年英國政府白皮書（July 2004）。

同時建立統一系統後，有關爭議解決程序資訊的獲得，等候時間的減少都將大幅改善，同時並建立共同顧客的服務標準。

(五)裁決所中具有法律資格的成員，可以在更大範圍的裁決所中主持審理案件，並被賦予裁決所法官 (Tribunal Judges) 或裁決所上訴法官 (Tribunal Appellate Judge) 身份，並確定裁決所的首席法官為裁決所法官的領導，他有權代表裁決所發言。

(六)提高裁決所委員會 (Council on Tribunal) 功能

裁決所委員會將更名為行政司法委員會 (Administrative Justice Council) 凡是影響到裁決所的立法和行為準則，應依常規徵求該委員會的意見，該委員會的看法在政府內有更大分量，行政司法委員會將成為所有行政司法部門的諮詢機構 (Advisory Agency)。

三、2007 年裁決所、法院和執行法

2007 年 7 月 19 日國會通過 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 對於裁決所的制度以制定法的方式作了明確的規範，並簡述如次：

(一)裁決所法庭的獨立 (Independence of tribunal judiciary)

為了達到裁決所的獨立性，其中針對成員的組成作規定⁴⁹，裁決所的資深主席應由大法官任命，並就裁決所的意義作立法定義，包括第一級和上級裁決所、勞工裁決所及其上訴裁決所和政治庇護及移民裁決所。

(二)設立第一級裁決所和上級裁決所 (The First-tier Tribunal and the Upper Tribunal)

國會呼應了 Leggatt 的建議，將過去散見於各別制定法的裁決所，整併出第一級和上級裁決所，每一個第一級和上級裁決所包括法官和其成員，並由資深主席主持，上級裁決所是一個較高的紀錄法院。

(三)裁決所成員資格的規定 (Members and Composition of Tribunal)

在裁決所法院和執行法第 4 條、第 5 條中規定法官與其成員的任命及資格。

(四)裁決所的審理及其上訴 (Review of decisions and Appeals)

⁴⁹ TCEA sec1。

第一級裁決所除法律有特別規定外可以審理事實問題，此外亦規定對於上訴到上級裁決所的規以該裁決所之司法審理的管轄權。

(五)裁決所程序規則的制定係為了確保：

(1)正義被實現；(2)可接近公平的制度；(3)迅速及有效率的處理；(4)簡便；(5)確保成員的義務及責任⁵⁰。

(六)其他各種補充規定 (Miscellaneous)

在該法中設有各種的補充規定包括裁決所的程序規則 (Tribunal Procedure Rules)、實務操作指示 (Practice directions)、調解 (Mediation)、使用者 (Accessors) 成本或費用 (costs or expenses) . . . 等⁵¹。

四、持續之改革

英國於 2000 年制定資訊公開法並於 2005 年 1 月 1 日正式施行，拜該法之賜，對於行政裁決所改革之進度、成效及其批判均可透過網站得知最近進度，筆者檢閱英國行政法教科書所載常被網站的資訊所取代，有關行政裁決所之改革年度報告、案件摘要、管理運作情形，可以從 Tribunals Service 的網站連結得知並可定期出版相關刊物與報告⁵²。

第五項 英國改革對台灣的啓示

第一款 我國行政爭議裁決機構（委員會）之現狀

英國在處理人民與政府紛爭解決機制之改革有其歷史脈絡軌跡，然而改革前紛爭解決體系其名稱不僅混亂 (confused)，同時亦令人困惑 (confusing) 除了法院、裁決所之外，還有許多替代性解決模式，諸如 Adjudication, Arbitration Conciliation, mediation, ombudsmen⁵³，雖然我國隸屬大陸法系並有行政法院的審判機關，但由於大量的社會立法中，對於人民與政府之紛爭解決機制設立有第一回 (First instance) 的紛爭解決委員會，做為行政機關內部自我審查的機

⁵⁰ TECA sec22。

⁵¹ TCEA sec2。

⁵² 刊物與報告諸如，Tribunals today, Annual Report and Account 2007~2008，可從 www.tribunals.gov.uk 連結下載。

⁵³ U.K Whith Paper 2.8~2.11 (2004)。

制⁵⁴，對於該決定不服則可以提起訴願或逕行向法院起訴（視法律規定）名稱不一，救濟途徑或有不同，這種模式頗類似英國。本論文曾於第四章第三節第三項及第四項討論過「爭議裁決型之委員會」含訴願委員會、國家賠償事件委員會、調解委員會（含消費糾紛、公害糾紛、勞資爭議、採購履約爭議...等）申訴委員會（學生、教師、政府採購、民間參與公共建設等）現存之問題於茲不贅。

第二款 英國行政裁決所改革對台灣之啓示～代結論

第一目 概說

英國自從在 2001 年由 Sir Andrew Leggatt 提出的“Tribunals for Users-One system,One Service”的研究報告後，展開了為期十年的行政裁決所統一及改革方案，在檢閱彼邦改革文獻過程中，秉棄傳統國家支配人民的角色，特別強調「Customer」「Users」「Service」。換言之，政府作為公共服務的提供者（delivery service）並以顧客為導向的思維，大量運用問卷（survey）調查，做為公共服務改革之參考，同時並聚焦（focus）在幾點與人民（顧客、使用者）權利有關的改革，諸如：

- 一、裁決所是否做到獨立（Independent）⁵⁵。
- 二、程序是否過於拖延，人民的等待時間過久（Waiting times）⁵⁶。
- 三、透過非正式的協商解決模式（informal resolution）⁵⁷。
- 四、更易於使人民接近的聽證中心（Accessibility hearing centre）和程序（Accessibility of process）⁵⁸。
- 五、強調決定的品質（Quality of Decisions）⁵⁹。
- 六、建立一個符合成本及有效的服務系統（A cost effective service）亦即整合現

⁵⁴ 陳敏，行政法總論，新學林，2007 年，頁 1258～1261。

⁵⁵ Transforming Public Service:Complains Redress and Tribunals（2004）U.K.White Paper 5.3～5.4。

⁵⁶ U.K.White Paper 5.5。

⁵⁷ U.K.White Paper 5.7。

⁵⁸ U.K.White Paper 5.8～5.10。

⁵⁹ U.K.White Paper 5.12～5.13。

行紊亂的各類型裁決所。

英國大量行政裁決所的運作超過半世紀，在其發展過程中也曾面臨諸多挑戰與問題，然而，透過制定法分別於 1958 年、1971 年，以 1992 年、2007 年逐步發展與改革，並透過民意調查以顧客為導向，使用者優先的思維方式作為公共服務改革的決心，逐次完備整體制度改革，從其發展的軌跡看來，行政裁決所的整併統合並非一蹴可幾，而是在改革、修正及實務印證過程中而形成一個統一、一體、連貫（coherent）的行政裁決所服務系統（Tribunals Service）它提供了我國幾點重要的啓示，茲說明如次：

一、台灣與英國有類似的歷史軌跡

我國訴願法立法甚早，然而隨著大量的社會立法，基於效率及專業之考量，紛紛於相關制定法中設立了紛爭解決之委員會⁶⁰，並引進了專家、學者、公正人士進入委員會，以取信人民。但是，在實際運作上，從行政院之統計資料觀之，案件量除行政院院本部外大都集中在財政部、內政部、環保署與勞委會⁶¹，此與英國行政裁決所案件集中於移民、勞工及社會保障案件相似，目前由於行政法院案件量過於龐大，司法院邀集實務及專家學者研擬設立「地區行政法院」之可行性，而且陸續召開專家諮詢會議⁶²，試圖做制度上之變革，其實，我國於相關立法中既然有如此多的「法院外的紛爭解決機構（委員會）」，理應於第一次紛爭解決過程中過濾一些案件才對，然而為何行政法院的案件量仍居高不下？因而造成裁判品質之低落與延遲，而這也是導致民眾對司法不滿的主因，英國近期的改革可以提供我國進一步的發展⁶³。

⁶⁰ 性騷擾防治法第 7 條、身心障礙者保護法第 7 條第 3 項，消費者保護法第 43 條第 1 項，兩性工作平等法第 33 條。

⁶¹ 以 2007 年 1 月～12 月為例，行政院訴願委員會之收件量為 4350 件、財政部為 5563 件、內政部為 2934 件、勞委會 2115 件、環保署 1282 件，資料來源行政院網站，行政院及所屬機關訴願案件收辦統計表 <http://www.ey.gov.tw> 造訪日期 2008 年 10 月 15 日。

⁶² 司法周刊第 1408 期第一版，2008 年 9 月 25 日。但此種改革尚未有一致的看法，僅係研議階段核先說明。

⁶³ 以英國為例，行政裁決所每年處理約一百萬件，其上訴於高等法院的案件約五千件，從而若能於上訴法院前之案件發揮功能，令民眾滿意，不僅不會浪費司法資源，也不會造成案件之遲延。

二、宜設立金字塔的紛爭解決機制並適時檢討

社會不可能沒有紛爭，在處理紛爭時應有一套符合民情的機制，英國將部分行政裁決所改為初級及上級裁決所並賦予相當權限，同時限制對該裁決所決定的上訴（僅限於法律問題），能有效地過渡案源減輕法院的負擔。

我國目前有關行政糾紛解決亦呈現多頭馬車現象，許多法制含有不同的解決機制，如消費者爭議、政府採購、性騷擾事件（多含有調解與申訴制度），如何透過前階段將紛爭解決，是為該制度能否發生功能的關鍵，尤其應當採取英國正當程序的落實，諸如陳述意見、言詞辯論的採取，讓當事人在前階段程序將其不滿做適當的陳述發洩，然從實證資料觀之，此部分似乎尚未落實，宜從法制面加以改善。一般說來，調解作為第一道防線而申訴、訴願等則作為事實認定的第二道防線，至於法律問題才到法院訴訟並為最後的途徑。

三、公正裁決機制的組成及成員人數的適中

檢閱彼邦的改革文獻中，對於裁決所公正的組成特別重視，過去最早裁決所之成員由相關部長任命。繼之，再由部長從大法官認可的名單中挑選，晚近之改革，某些裁決所主席及成員的任命則由大法官任命跳脫原來該政策作成機關，此乃為強調成員組成之公正。其次，每一裁決所審理成員為三人，能認真聽審案件並迅速完成決定。反觀我國爭議裁決委員會的組成人數過多⁶⁴，而且委員之任命屬於首長（含中央政府及地方政府），難逃護航之譏，更無法真正的達到「公正」（fairness）。本文建議應可採取「分庭審理」並負責，吾人從行政院之統計資料及其審理時間換算，委員會的決議案件可能在一個上午之內即可能審理達百件以上，如此方式，難謂恰當。

四、應設立一個獨立的常設機構作為監督調查的平台

在英國，「行政裁決所委員會」（Council on Tribunal）是諮詢性的非部會公共主體，由司法部所贊助創立於 1958 年，在 Franks 報告後，其目的在確保裁決所和公共調查能經由公開、公平、公正效率應及時可接近的服務來符合大眾利益，直到 2007 年由 Administrative Justice & Tribunals Council 所取代⁶⁵，它一

⁶⁴ 我國很多爭議裁決委員會之成員大多在 10~21 人之間，如此龐大的團體，實雖發揮迅速解決紛爭之功能。

⁶⁵ <http://www.ajtc.gov.uk>。

直扮演著監督裁決所的運作並每年向大法官提出一份年度報告，由於其非隸屬於部會（Department）故提出的意見常能針對各類裁決所在運作及程序上的缺點提出建議，雖然裁決所的相關政府部門並無採取相應行動的義務，但是至少可以透過獨立公正的機構對裁決所的作為提出合理的批評。

我國目前諸多紛爭解決委員會都隸屬在各部會及地方政府機關內部，而且委員會主席都由副首長擔任，某種程度上公正性及獨立性都無法取信於人民，當務之急若能有一個統一的機構對諸多委員會提出檢討，某種程度將使委員會的功能大幅提昇，相對地法院亦不會承載太多案件，在落實權利保障的時效方面，將能大大提昇。

五、加強紛爭解決程序之正當性（當事人參與）

我國訴願法第 63 條規定，訴願以書面審理原則，言詞辯論為例外。換言之，並無強制的聽證規定，筆者查閱 2007 年行政院訴願委員會之統計資料，令人訝異的是不管中央行政機關或地方政府，當事人參與（含言詞辯論及陳述意見）之比例甚低，以行政院為例 2007 年 1 月～12 月決定案數為三一八六件，言詞辯論僅十八件（佔 0.56%），陳述意見僅一百十二件（佔 3.52%），另中央部會竟然高達十六個部會全年並未舉言詞辯論，亦有九個部會全年未有陳述意見，至於地方政府的比例亦不遑多讓，總體說來或許是受訴願法第 63 條的影響，無怪乎對訴願決定不服提起行政訴訟的比例高達 15.22%⁶⁶，此亦間接造成行政法院之負擔。晚近，英國行政裁決所的改革中特別強調聽證（hearing）亦即當事人針對案件可以展開對抗式的言詞辯論，如此一來對事實的釐清當有一定的助益，反觀我國，法院之外的紛爭解決委員會，當事人到場言詞辯論的機會少之又少，這或許與我國國民對正當法律程序之認知不足，但機關的消極心態亦為主因，以筆者於英國親臨行政裁決所的聽證經驗⁶⁷，該國對於程序正當性的實現，不愧為民主先進國家，我國若要將行政紛爭解決機制作為疏減訟源的管道，必須加強訴願前置及先行政程序的聽審，並就相關事實問題有正本清源的功能。

⁶⁶ 行政院網站 <http://www.ey.gov.tw> 行政院 2007.1.1～12.31 所屬機關訴願案件收辦統計表（附件 1-1）、訴願案件言詞辯論及陳述意見統計表（附件 4-1）。

⁶⁷ 筆者曾於 2008 年 7 月間赴英國倫敦（London）心理衛生裁決所及布里斯托（Bristol）的勞資裁決所旁聽開庭情形，印象極為深刻。

六、裁決程序的公開（open to the public）

在我國諸多爭議裁決過程中係不對外公開（實務運作亦如此），然而裁決所既然是解決當事人之紛爭，那除了隱私或涉及公益等事項不應該對外公開外，理應允許公眾參與（open to the public）在我國相關文獻及政府年度報告中，無從得知其公開否以及是否有當事人以外之人參與旁聽（大多為案件數量統計），英國裁決所的改革傾向司法性，那麼對大眾公開應如同法院般，除非是心智欠缺及心理健康的審理案，否則大多可以從網站上得知開庭的日期及地點⁶⁸。

反觀我國，何時開庭審理或有無及可否陳述意見，案件何時終結，人民僅居於被動告知之地位，英國的作法可以作為我國的參考。

七、以顧客為導向的公共服務新思維

英國近期的行政裁決所改革從 2001 年 Sir Andrew Leggatt 的報告出版後，布萊爾政府展開了為期十年的改革，筆者檢閱政府回應該報告的措施相關文獻⁶⁹發現英國新公共管理服務之思維，將人民當作顧客（customer），而政府扮演公共服務的提供者，並且採取大規模的問卷方式作為改革之工具，並就相關統計數字作分析，同時針對顧客問題一一回應並對外公開⁷⁰，以爭取顧客的認同，即便是法律改革亦同，如此堅實的由下而上的民主實可作為我國之借鏡。

八、法制的改革—從類型到程序的整合

徒法不足以自行，但法與時轉則治，在快速變遷的社會中，面對層出不窮的挑戰，唯有完備的法治才能讓制度順利的運作，我國雖然提供諸多紛爭解決的機構讓人民選擇及使用，然而或許尚未真正落實法治及正當法律程序法精神，於實務運作上常「便宜行事」未成真正落實正當法律程序。

正本清源，宜開始展開相關糾紛解決機制之法制整理工作，尤其以英國晚近的行政裁決所的改革，將之類型化並分層二級，並於制定法上賦予當事人參與之權利以及成員之遴選，同時透過嚴格的案件管理，讓爭訟案件能控制在一

⁶⁸ 以英國為例，勞資裁決所或照顧裁決所的網站均可發現聽證日期（Hearings），只要在首頁點選由 Hearing，即會出現案件名稱、日期、審理的主席及成員，以及辦事員（Clerk）、審理地點（Venue）及時間，參 <http://www.carestandardtribunal.gov.uk>。

⁶⁹ Transforming Tribunals—Implementing of the Tribunals,Courts and Enforcement Act 2007—The Government's Response（Published on 19 May 2007）

⁷⁰ See above P9。

定的時間以落實正義的迅速實現，凡此種種都可以作為我國改革之參考。

第二目 結論—立法論上之建議

過去，我國機關內設置的委員會大都由法規命令或行政規則予以設置，但由於紛爭裁決審議委員會事涉人民權利，從立法論之角度，宜於法律中明定或由法律明確授權始為正當。由於晚近正當法律程序思想之引進，關於組織適法性包括委員會之組成不符法定要件、開會出席人數不足等爭論，常為人民質疑並於行政訴訟中主張⁷¹。有鑑於此，在研究彼邦改革制度史中，宜反觀我國制度運作之缺失並提供未來立法論上之建議，爰就英國裁決所之改革啓示論點具體說明如次：

一、訴願法上之建議

現行訴願法第 52 條及 53 條規定，訴願委員會之組成人員及決議方式，並於 52 條第 3 項規定：「訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。」行政院並定頒「行政院及各級行政機關訴願委員會組織規程⁷²及審議規則⁷³」，現行之訴願審議案件，大都由三名委員就幕僚之擬處意見審議（書面審查），若有不同意見則於訴願審議委員會提會討論，對於此種審議方式。筆者建議若能採分庭審理之方式並落實言詞辯論機制將會大大降低行政訴訟之案件。以一個訴願委員會 15 名訴願委員為例，可以分為 5 庭並就委員之專業案件分類（例如地政、租稅、營建、環保），如此一來，不僅審理案件效率提升，同時由於委員之專業素養夠，能迅速掌握案件之爭點，避免現行委員會有照提案議案通過之情形，故本文建議仿照英國行政裁決所分庭審理之方式，並修正現行訴願法第 53 條決議方式如次：

(一)現行訴願法第 53 條規定：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。」

(二)建議修正條文如次：「訴願審議委員會應設分庭審議，每庭三人並以其中一人為主席，其決議以委員過半數同意行之。」

⁷¹ 湯德宗，行政程序法論，台北，元照，2000 年 10 月，頁 15~16。

⁷² 民國 89 年 5 月 19 日行政院台 89 訴字 14297 號令修正發布名稱及全文 6 條。

⁷³ 民國 89 年 5 月 19 日行政院台 89 訴字 14298 號令修正發布名稱全文 35 條。

其次，就訴願審議會之方式，我國目前係採「書面審理為原則，言詞辯論為例外」，由於各機關訴願審議委員會之收辦件數不一⁷⁴，造成審議案件能否全部言詞辯論或陳述意見亦有客觀上之差異。但為了將紛爭有效解決，讓訴願人有充分陳述意見或言詞辯論，是降低不服訴願決定案件溢流到行政法院之有效方法，雖然現行訴願法第 63 條及第 65 條仍有提供陳述意見及言詞辯論之機制，但正本清源配合訴願分庭審理制度並引進「聽審並於分庭審議中落實言詞辯論。」

二、國家賠償法

我國國家賠償法於民國 70 年實施迄今已近 28 年，大致說來有三大方向值得探究。其一，國家賠償責任之成立；再者，如何請求國家賠償，最後國家賠償與其他制度之競合時應如何適用。

晚近隨著政府業務之改變及新型態災害之發生，在國家賠償之適用上屢生爭議。舉例言之，因異常水災⁷⁵、道路落石⁷⁶、環保公安⁷⁷、公共工程⁷⁸常釀成重大之身體、財產之損害，不管在公共設施或公務員之積極行為或怠於執行職務方面⁷⁹均成為爭訟之焦點，如何在既有的構成要件判斷上透過解釋來達到保護人民權利之目標則成為要務之一；又於現行法不備方面，如何運用立法政策之建議來讓國家賠償制度更完備，則是進一步思考的問題。

本文所關懷之重點在於「國家賠償事件處理委員會」之定位⁸⁰，顯然該「委

⁷⁴ 以 2007 年 1 月 1 日~2007 年 12 月 31 日 行政院之統計資料分析，我國訴願案件量不僅中央各部會多寡不一（例如財政部 5563 件、經濟部 3227 件、內政部 2934 件，但海巡署 4 件、金管會 7 件、國科會 7 件...），連地方政府亦因城鄉差距而有不同（例如台北市 3934 件、台北縣政府 1092 件、高雄市政府 607 件，但澎湖縣 5 件、嘉義市 19 件、金門縣 20 件），<http://www.ty.gov.tw>。

⁷⁵ 民國 94 年 6 月間因夏季西南氣流異常，造成中南部大量降雨引發雲林縣、嘉義縣部分沿海鄉鎮泡水，縣民質疑水利工程怠於維修引發國賠聲浪。

⁷⁶ 駕駛人行經蘇花公路遭山上落石擊中，全家死亡之案例。

⁷⁷ 民國 94 年 7 月 3 日台中工業區化學工廠火災案造成中部五縣市可能形成酸雨現象。

⁷⁸ 捷運施工，常造成沿線居民房屋傾斜、龜裂現象以及水患發生。

⁷⁹ 大法官解釋 469 號採規範保護理論後，因公務員之怠於執行職務，而成立國家賠償之案件大增，如台灣社會之重大災害事件、衛爾康餐廳、火災案、民生別墅幅射屋案、921 台北東興大樓倒塌案等.....晚近最高法院裁判以稅捐機關就核定稅核後辦理退稅，國稅局之退稅係其法定作為義務應主動為之，若怠於執行職務亦應負國家賠償之責。參聯合報，94 年 7 月 5 日 B2 版。

⁸⁰ 我國國家賠償法文獻之重點並不在此，而係集中於要件成立、請求程序與其他制度之競合，參林錫堯，建構完整的國家賠償責任體系－從立法觀點探討國家賠償責任類型；林明昕，「不

員會」並非機關之性質，而係於機關內部設置具有諮詢與紛爭解決性質之內部單位，晚近人民法治素養提高，國家賠償案件亦日益增多⁸¹，對於國家賠償事件處理委員會之地位應予增訂，爰建議仿訴願法中設「訴願審議委員會」之規定（參該法第 52 條至 55 條）如次：

(一)現行國家賠償法第 10 條：

「依本法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行名義。」

(二)建議增訂條文如次：

「各機關處理國家賠償事件，應設立國家賠償審議委員會。國家賠償審議委員會，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任；其中社會公正人士、學者專家人數不得少於二分之一。國家賠償審議委員會審議國家賠償事件，委員應親自出席不得代理，其決議以委員過半數出席，出席委員過半數之同意行之。」

第三節 日本

第一項 日本審議會之現狀

日本審議會之研究領域不限於行政組織法，包括政治學、社會學與公共行政學，由於審議會的運用廣泛，文獻上有不同面向的研究，法律學者傾向類型化⁸²以及批評⁸³、政治或公共行政學者則傾向於委員參與審議會運作之觀察⁸⁴，

法侵害人民自由或權利」作為國家賠償要件要素；程明修，公法上結果除去請求權在國家責任體系中的地位；陳愛娥，新世紀的國家賠償法制－台灣國家賠償法的修法方向與檢討；以上文章收錄於台灣行政法學會主編，國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織，2007 年，頁 1～187。

⁸¹ 國家賠償法自民國 70 年實施以來，從 71 年的 405 件到民國 96 年 2344 以及民國 97 年 1990 件都大幅增加，有關全國政府機關（含中央機關）國家賠償實施概況統計資料，參 <http://www.moj.gov.tw/ct.asp>。

⁸² 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕，行政組織法，有斐閣，2008 年，頁 76～77。

⁸³ 西川明子，審議會等・私的諮問機關の現狀と論點，收於レファレソス，2007 年 5 月，頁 63～65。

這使得研究日本行政審議會更有更廣之面向。

日本審議會的存在，可溯及到明治時代，一直到戰後民主化實施了國家行政組織法⁸⁵才確立了如同現在的制度，日本之所以採用審議會制度不外基於以下幾點功能：首先，反映各階層國民之意見採納各種意見；其次，讓行政過程得以公正；再者，採納專業知識最後可以衡量各樣的利害⁸⁶。

昭和 58 年（1983 年）以前，審議會的改廢只能依循法律，不過經過昭和 58 年修正之後，各行政機關，除了基於法律外也能依政令作為依據，來設置審議會，以政令作為設置之依據，喪失了國會的民主統制機制，改革當時亦曾引發議論⁸⁷。

日本現代國家行政組織法第 8 條規定：「在第 3 條的國家行政機關中，若在法律規定的所屬事務範圍內，於法律或是政令的規定之下，有關重要事項的調查審議、不服審查，在經由專家學者開會之後，認為是需要與以適當處理之事務時，能夠設置合議制的機關。」因此，審議會等，也常被稱為 8 條機關。雖然內閣府不適用於國家行政組織法中所說的機關，但是依同法第 8 條，以及具有同樣內容的內閣府設置法（平成 11 年法律第 89 號）第 37 條、第 54 條的規定，也可以設置審議會等。

審議會的數目於昭和 40 年（1965）年時，增加到 277 個，不過之後在昭和 41（1966）年，昭和 53（1978）年時，被當作行政改革的一環而與以整頓。平成 11（1999）年 4 月時，設有 211 個審議會等，後來因為中央省廳等改革基本法（平成 10 年法律第 103 號）之故，整併、廢止為 121 個審議會等，刪減了 105 個。不過，被廢止的審議等中，有很多是以分科會和部會的名稱，放在審議會的下部組織，繼續留存而沒被廢除，因此也有人對此提出批評⁸⁸。

平成 18（2006）年，國家審議會等的總數共計 110 個。這當中近半數是在

⁸⁴ 東京大學公共政策研究所森田朗教授所著「會議の政治學」從政治學、行政學及社會學的角色來觀察，並對審議會提出觀察。參氏著，前掲書，慈學書選，2006 年，頁 175～179。

⁸⁵ 昭和 23 年法律第 120 號。

⁸⁶ 西川明子，前掲文，頁 60；森田朗，前掲書，頁 8～9；金子正史〈審議會行政論〉雄川一郎他編〈現代行政法大系，第 7 卷〉，有斐閣，1985 年，頁 118。

⁸⁷ 西川明子，前掲文，頁 60～61。

⁸⁸ 西川明子，前掲文，頁 61。

平成 13（2001）年，省廳重編之前所設立的⁸⁹，平成 20（2008）年 12 月底，國家審議會的總數目共計 109 個⁹⁰，有關日本審議會設置之變遷及類型參圖(一)與圖(二)。

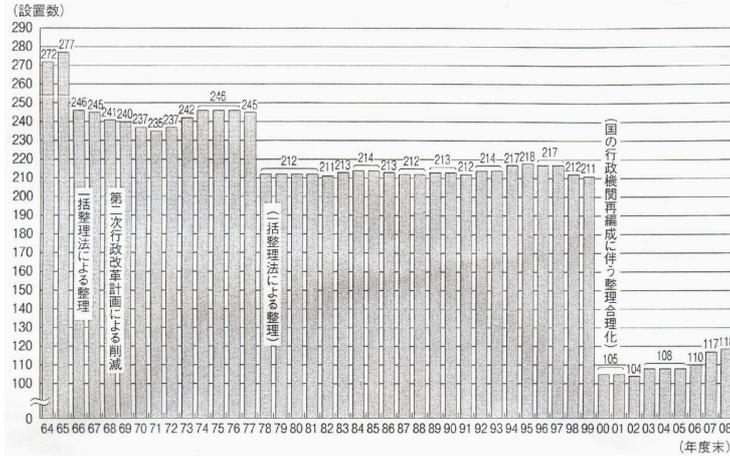


圖 8-1 日本國家機關審議會設置數量變遷圖⁹¹

【註】迄 2008 年 10 月 1 日的數目，資料來源：依總務省「審議會等一覽」及行政管理研究中心出版之「審議會総覧平成 18 年版」。

⁸⁹ 西川明子，前掲文，頁 61。

⁹⁰ 日本行政管理研究中心出版的審議會總覧（平成 20 年）之統計資料，其在各部會廳的數目分別為，內閣府（19）、金融廳（6）、總務省（11）、法務省（6）、外務省（3）、財務省（4）、國稅廳（1）、文部科學省（9）、厚生勞動省（13）、農林水產省（6）、經濟產業省（7）、資源エネルギー庁（1）、特許廳（1）、中小企業庁（1）、國土交通省（12）、環境省（5）、防衛省（5），共計 109 個。

⁹¹ 資料來源：データブック，日本の行政，2009，財團法人，行政管理研究センター出版，2008 年 12 月發行，頁 11。

II 審議會等		
<p>內閣府 (19) 国民生活審議會 民間資金等活用事業推進委員會 官民競争入札等監理委員會 食品安全委員會 內閣府獨立行政法人評價委員會 中央障害者施策推進協議會 原子力委員會 原子力安全委員會 地方制度調查會 選挙制度審議會 衆議院議員選挙区画定審議會 国会等移転審議會 統計委員會 情報公開・個人情報保護審査會 公益認定等委員會 沖縄振興審議會 地方分権改革推進委員會 規制改革會議 税制調查會</p> <p>金融庁 (6) 金融審議會 証券取引等監視委員會 自動車損害賠償責任保險審議會 公認會計士・監査審査會 金融機能強化審査會 企業會計審議會</p> <p>總務省 (11) 地方財政審議會 国地方係争處理委員會 電気通信事業紛争處理委員會 電波監理審議會 總務省獨立行政法人評價委員會 恩給審査會 年金業務・社会保険庁監視等委員會 政策評価・獨立行政法人評價委員會 年金記録確認中央第三者委員會 情報通信審議會 郵政行政審議會</p> <p>消防庁 (1) 消防審議會</p> <p>法務省 (6) 司法試験委員會 檢察官適格審査會 中央更生保護審査會 日本司法支援センター評價委員會 法制審議會 檢察官・公証人特別任用等審査會</p>	<p>外務省 (3) 外務省獨立行政法人評價委員會 外務人事審議會 海外交流審議會</p> <p>財務省 (4) 財政制度等審議會 関税・外国為替等審議會 財務省獨立行政法人評價委員會 関税等不服審査會</p> <p>国税庁 (1) 国税審議會</p> <p>文部科学省 (9) 科学技術・學術審議會 宇宙開發委員會 国立大学法人評價委員會 放射線審議會 文部科学省獨立行政法人評價委員會 中央教育審議會 教科用圖書檢定調查審議會 大学設置・学校法人審議會 原子力損害賠償紛争審査會</p> <p>文化庁 (2) 文化審議會 宗教法人審議會</p> <p>厚生労働省 (13) 社会保障審議會 厚生科学審議會 労働政策審議會 医道審議會 薬事・食品衛生審議會 厚生労働省獨立行政法人評價委員會 がん対策推進協議會 中央最低賃金審議會 労働保險審査會 中央社会保険医療協議會 社会保険審査會 疾病・障害認定審査會 援護審査會</p> <p>農林水産省 (6) 農業資材審議會 食料・農業・農村政策審議會 獸医事審議會 農林漁業保險審査會 農林水産省獨立行政法人評價委員會 農林物資規格調查會</p>	<p>林野庁 (1) 林政審議會</p> <p>水産庁 (1) 水産政策審議會</p> <p>經濟産業省 (7) 産業構造審議會 消費經濟審議會 日本工業標準調查會 計量行政審議會 經濟産業省獨立行政法人評價委員會 輸出入取引審議會 化学物質審議會</p> <p>資源エネルギー庁 (1) 総合資源エネルギー調査會</p> <p>特許庁 (1) 工業所有權審議會</p> <p>中小企業庁 (1) 中小企業政策審議會</p> <p>国土交通省 (13) 国土審議會 社会资本整備審議會 交通政策審議會 運輸審議會 中央建設工事紛争審査會 中央建設業審議會 土地鑑定委員會 国土開発幹線自動車道建設會議 中央建築士審査會 航空・鉄道事故調查委員會 国土交通省獨立行政法人評價委員會 奄美群島振興開發審議會 小笠原諸島振興開發審議會</p> <p>環境省 (5) 中央環境審議會 公害健康被害補償不服審査會 有明海・八代海総合調査評価委員會 環境省獨立行政法人評價委員會 臨時水俣病認定審査會</p> <p>防衛省 (5) 自衛隊員倫理審査會 防衛施設中央審議會 獨立行政法人評價委員會 防衛人事審議會 防衛調達審議會</p>

資料來源：日本總務省「審議會等一覽」。

圖 8-2 日本國家機關審議會名稱與數量圖⁹²

⁹² 資料來源：同前註，頁 12。

第二項 日本審議會之類型

日本與我國相同⁹³，行政組織的特色之一即是大量的「審議會」⁹⁴（相當於我國委員會）做為其「附屬機關」，依據日本國家行政組織法第 3 條 2 項及 3 項規定；「國家行政機關之組織分為府、省（按省等同於我國之部會，以下同）委員會及廳，其設置及廢止分別以法律定之；府及省為設於內閣統之下掌理事務之行政機關，委員會及廳為府或省之分支機關，在必要時得以法律明定國務大臣得以出任委員會與廳之首長」⁹⁵及同法第 8 條規定：「第 3 條之各行政機關在法律規定其職掌範圍內，依法律或行政命令規定」對重要事項之調查審議，不服審查及有學識經驗者等，所提出合議之處理，得設置合議制機關」⁹⁶。

由此可知，日本之「審議會」除了依「法律」以外，以「政令」（行政命令）亦可設置；此外地方政府亦可依地方自治法第 138 條設置。「審議會」分為以下三種：

第一款 政策提案型

此種審議會係將調查審議之結果，進行一定政策或法案的提案、勸告⁹⁷，而有稱之為「審議會」（如社會保障審議會、科學技術審議會、學術審議會、眾議院選區劃定審議會），也有稱之為調查會（如地方制度調查會）亦有稱為「委員會」（如食品安全委員會）⁹⁸，若從功能而考察，此種審議會之功能在於「政策提案型審議」。相較於此，我國對於政策提案而成立之委員會不少，如賦稅改

⁹³ 我國於行政院之下有許多「合議制之委員會」其為「機關」，如公平交易委員會、國家通訊傳播委員會、勞工委員會……等以「委員會」名稱，但於行政機關內部大都為任務編組或內部單位亦以「委員會」名稱，此之委員會與合議制機關性質之委員會並不相同（如前述），相較於此，日本大都用「審議會」名稱。

⁹⁴ 日本的審議會在 2000 年以前國家機關審議會總數就有 211~277 之間；平成 11 年改革後其總數在 104~108 之間請參データブック日本の行政 2009，財團法人，（行政管理研究センター，2009 年），頁 11。

⁹⁵ 伊藤正次，日本型行政委員會制度の形成－組織と制度の行政史，東京大學出版會，2003 年 7 月初版，頁 117~118。

⁹⁶ 塩野宏，行政法Ⅲ〔第三版〕行政組織法，頁 76，（有斐閣，2008 年），第 3 版第 5 刷；芝池義一，行政法總論講義，有斐閣，2001 年，第 4 版，頁 96。

⁹⁷ 此種類型類似我國政策諮詢型之委員會，例如推動賦稅改革而成立之「賦稅改革委員會」其所提之意見，成為國家租稅政策進而為法律之修正。

⁹⁸ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 76。

革委員會對於是否調降遺產稅之意見。

第二款 不服審查型審議會

對於行政機關作成之行政處分不服，法令上賦予審議會處理此類案件，例如社會保險審查會、關稅等不服審查會、信息（資訊）公開審查會。此種審議會之特色，在於其決定本身作為國家意思向外部表示，具有法的效力，即具有日本行政官廳法理中的行政官廳資格，如社會保險審查會⁹⁹。

在我國亦有此種情形，雖然同樣為委員會，有的為內部單位，如地價及標準地價委員會，民間參與公共建設甄審委員會¹⁰⁰、環境影響評估委員會等；亦有為行政機關之性質，如衛生署全民健康保險爭議審議委員會¹⁰¹、犯罪被害人補償審議及覆審委員會¹⁰²。

第三款 案件處理型審議會

此類型之審議會在法規命令的制定及公共收費，甚至作成許可、檢定等個別處分時，接受機關首長的諮詢而進行審查決定（例如電波監理審議會、運輸審議會、食品安全委員會）還有就糾紛處理進行斡旋、調解、仲裁（例如中央建設工事紛爭審查會），此種案件處理型亦有被賦予行政機關之地位¹⁰³。

第四款 小結

雖然學者將日本審議會分為政策提案型、不服審查型及案件處理型審議會，但一個「審議會」並非「排他性」的硬性分類，有可能一個審議會同屬隸屬於上述二個審議，換言之，一個審議會其功能可能含蓋上述之類型，應視其審議會之功能而定¹⁰⁴，茲整理如次¹⁰⁵：

⁹⁹ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 77。

¹⁰⁰ 最高行政法院 95 年判字 1239 號判決。

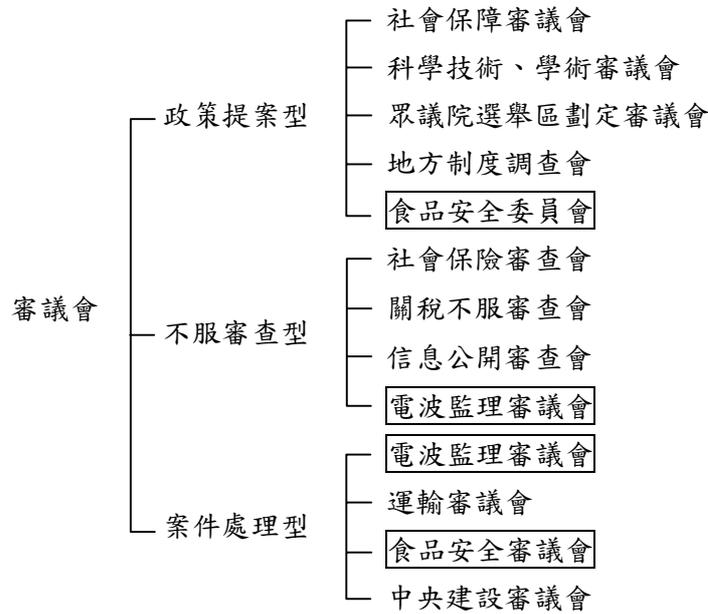
¹⁰¹ 最高行政法院 91 年判字第 2 號判決。

¹⁰² 最高行政法院 94 年 6 月份決議。

¹⁰³ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 77。

¹⁰⁴ 事實上，我國機關設立之委員會亦有此種情形，例如各機關設立之國家賠償事件處理委員會如時具有諮詢與爭議解決之功能；又如國家公園計畫委員會，依國家公園法第 4 條規定：「內政部為選定、變更或廢止國家公園區域或審議國家公園計畫設置國家公園計畫委員會，委員為無給職。」

¹⁰⁵ 有關日本審議會之綜覽，每年均含有出版，目前筆者手邊資料為平成 20 年版（2008 年），財



製圖／作者

圖 8-3 日本審議會類型圖

第三項 審議會之成員

審議會是一個組織，而其構成員通常稱之為「委員」，其須具備「學識經驗」者（有時也包括利益團體代表和國會議員）¹⁰⁶之所以，以「學識經驗者」為參與之成員，其理由在於面對多元化與專業化社會的來臨，將國家意思決定過程或官僚組織難以獲得的知識經驗及專門技術，導入行政決定過程，以使決定更具合理與專業之要求。

審議會委員的資格要件，大都規定「學識經驗」者的情形較多，另外亦有以「特定社會成員」的代表來充當審議會的事件，典型者如中央社會保險醫療協議會，其委員人數 20 人，其成員包括保險人與被保險人以及醫師、牙醫師、藥劑師的代表人¹⁰⁷。

此外，亦有利益團體的代表委員，如地方財政審議會在委員 5 人之中，包

團法人，センター，平成 20 年 12 月發行。

¹⁰⁶ 〔日本〕地方制度調查會設置法第 6 條第 1 款，檢察廳法第 23 條第 4 款。

¹⁰⁷ 審議會總覽（平成 20 年版），（財）行政管理研究センター，平成 20 年 12 月發行，頁 270～271。

括都道府縣知事及議會議長的聯合組織共同推薦的人，在此情形下該利益團體代表不受個別關係組織機關的拘束，此點與學識經驗者相同，即便是學識經驗者，但也有以消費者或經營者代表資格而被選任者，他仍可獨立為事件之判斷，但是通常其會作出有益於代表該團體之決定¹⁰⁸。

此外，這些日本審議會之成員雖然來自於專家、教授、利益團體代表，顯然他們不是行政組織下的常勤公務員，一般說來，審議會委員的資格要件，大都規定「學識經驗」者的情形較多，另外亦有以「特定社會成員」的代表來充當審議會的事件，典型者如中央社會保險醫療協議會，其委員人數 20 人，其成員包括保險人與被保險人以及醫師、牙醫師、藥劑師的代表人¹⁰⁹。

此外，亦有利益團體的代表委員，如地方財政審議會在委員 5 人之中，包括都道府縣知事及議會議長的聯合組織共同推薦的人，在此情形下該利益團體代表不受個別關係組織機關的拘束，此點與學識經驗者相同，即便是學識經驗者，但也有以消費者或經營者代表資格而被選任者，他仍可獨立為事件之判斷，但是通常其會作出有益於代表該團體之決定¹¹⁰。

第四項 日本審議會之改革

由於我國研究機關內設置專家學者與之委員會與成員文獻不多¹¹¹，學界似未有諸多的關注。即便是日本在這方面的論述相較於其他領域更顯貧乏¹¹²。如本節前項所述，由於審議會數目的過渡膨脹引發了改革的議論，日本於平成 11 年 4 月 27 日內閣會議決定，為推展中央省廳等改革事務，將有關審議會減縮合

¹⁰⁸ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 78。

¹⁰⁹ 審議會總覽（平成 20 年版），（財）行政管理研究センター，平成 20 年 12 月發行，頁 270～271。

¹¹⁰ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 78。

¹¹¹ 近三十年來，較具參考價值者有許慶復主持，陳志華、黃錦堂協同主持，行政委員會組織與功能之研究案（1994）；碩士論文，約略有黃振成，行政機關中委員會的功能及其運用之研究，國立政治大學公共行政研究所碩士論文（1977）；盧柏岑，私人參與組成的行政委員會，國立台灣大學法律研究所碩士論文（1995）；藍健誠，合議制行政組織類型與成員建制之研究—以高雄市政府為例，國立中山大學政治學研究所碩士論文（2000）；另外王隆昌、李綱、蔡修毓，政府採購行為中評選委員會之定位與職責探討，載於營建管理季刊，頁 44～51，2007 年春季號。

¹¹² 即便以行政組織為教科書，其論述大約只有兩頁；參藤田宙靖，行政組織法，有斐閣，2005 年，頁 90～92；較為詳細之論述為塩野宏，前掲書（註 82），頁 76～82。

理化訂定了基本計劃。

之所以訂定審議會縮減合理化的基本計劃乃源自於日本國家行政組織法第 8 條及內閣府設置法第 37 條、第 54 條設置之「審議會」遭各界批評未透明化，甚至淪為機關之遮羞布與行政的保護傘¹¹³，有助長組織上下關係之弊害，為解決此問題，將行政責任明確化而進行之改革，其改革面向包括審議會之數量，審議會組織之成員遴聘以及審議會之運作程序。

第一款 審議會之縮減

由於改革前審議會數量不斷擴增，最高曾達 277 個審議會，於 1978～1999 年之間維持在 211～217 個審議會之間¹¹⁴，為改變此種現狀，首要檢討審議會的數量並予以縮減。

審議會依「審議會設置之相關方針」所設置¹¹⁵。以此為依據將既存之各審議會等依下列(一)至(五)的方針進行縮減，縮減保留後之審議會依「審議會組織之相關方」進行編制，進行各項必要法律、政令整備，包括以下幾點¹¹⁶：

- (一)活動不踴躍之審議會，基本上廢止；
- (二)法令上有限時限之審議會，或實際上有時限之審議會，時限到期或任務終了時廢止；
- (三)政策審議，基準製作功能，原則上廢止，但，有關行政執行過程之計劃、基準製作，依法律或政令、審議會為決定或同意機關、或必須提交審議會討論之情形，必須重新審視其必須性，保留最小限度之必要部分。有關基本政策之審議則限定數量予以保留；
- (四)參與行政處分、不服審查等之功能，依法律或政令、審議會為決定或同意機關、或必須提交審議會討論之場合理，必須重新審視其必須性，保

¹¹³ 塩野宏，前掲書（註 82），頁 76～77。

¹¹⁴ データブック，日本の行政 2009，財團法人行政管理センター出版，2008 年 12 月發行，頁 11。

¹¹⁵ 設置審議會之相關方針包括：(1)避免不當設立審議會，於設立時應聽取國民意見；(2)進行基本政策審議之審議會以不新設為原則，如有必要亦應決定時限；(3)因情事變更使設置性必要性降低之審議會應予之廢止等。參審議會總覽（平成 20 年版），行政管理研究センター出版，2008 年 12 月發行，頁 434。

¹¹⁶ 審議會總覽，頁 432～433。

留最小限度之必要部分；

(五)保留之功能方面，著重審議分野之共通性，盡可能將擁有此類功能之各審議會進行整合。

第二款 審議會組織委員建制

除了審議會數量之控制原則外，有關委員之遴聘資格要件，審議會組織亦有相關的方針做為改革之方向，茲說明如次¹¹⁷：

第一目 委員數

原則上委員數量在二十名以內，如需超過則以不超過三十人為限。

另外，除一般委員外，因應需要設置臨時委員、特別委員、專門委員等，設置原則如下：

一、臨時委員

臨時委員所指的是為了調查審議特別事項，除了一般委員之外，因應臨時需要而設置的委員。臨時委員對有關特別事項之審議會進行意志決定時擁有議決權。方針上明訂臨時委員在該特別事項審議終了後即解任。

二、特別委員

特別委員所指定的是為了進行特別事項調查審議，除一般委員之外，因應臨時需要所設置委員。特別委員對有關審議會進行意志決定時沒有議決權。方針上明訂特別委員在該特別事項審議終了後即解任。

三、專門委員

專門委員所指的是為了調查專門事項所設置的輔助職員。專門委員對有關審議員進行意志決定時沒有議決權。方針上明訂專門委員在該特別事項審議終了後即解任。

第二目 勤務型態

原則上委員為非常勤（兼任），但是根據審議會的性格、功能、所處理事務的經常性、事務量等，可以邀請委員參與平時活動，此外，若委員勤務樣態上

¹¹⁷ 審議會總覽，頁 435～436。

有特殊需要的話，亦可以常勤（專任）形式聘請。

第三目 委員、臨時委員、特別委員以及專門委員的資格要件

在選擇委員方面，原則上應立於民意對行政的反映觀點，從民間具有學識經驗者當中選出代表。國會議員、國務大臣、國家行政機關職員、地方政府團體代表、地方議會會代表等身份，除了其為審議會不可或缺之構成要素外，原則上不可擔任委員。

第四目 委員組成與選任

任命委員時須遵照該審議會設置之要旨與目的，同時應公正且均衡地掌握委員所代表的學識、意見、經驗等。在選任委員時應受到以下幾點限制¹¹⁸，首先，應嚴格抑制選任機關出身者擔任委員。特別是審議會之所屬機關人員，除任用機關出身者為該審議會不可或缺之構成要素，或需要機關人員之專門知識經驗者，否則不選任為委員；其次，高齡者，除委員可完全做到該擔負之職責外，原則上不選任高齡者擔任委員；再者，在兼職方面，以委員可完全負擔其職責為原則，原則上審議會委員總數最高為三位，特殊情形時則以四位為上限。

此外，在任期與性別方面，委員任期原則上為兩年之內。可以續任，但在同一審議會擔任超過十年之委員則不再續任；女性委員佔有比例將努力於府省編制之十年內提高至 30%¹¹⁹。

第三款 審議會之運作

由於正當程序之要求，審議會在運作過程，包括出席人數、議決方式、當事人意見之表達、議程之公開與否攸關決定之公正性，在改革基本計劃中亦要求程序之完備，茲就議程與資訊公開說明如次¹²⁰：

¹¹⁸ 審議會總覽（平成 20 年），行政管理研究センター，頁 438。

¹¹⁹ 在台灣由於政府採購弊案頻傳，有建議應提高女性參與之比例，其理由為，女性比較不會貪污。筆者從男女平權的角度贊同提高女性委員的人數，但理由並非「女性比較不會貪污」，此或許有其實證上之依據，但亦不應忽略其他因素。

¹²⁰ 日本審議會運作方針第 3 點，參審議會總覽（平成 20 年），頁 439～440。

第一目 審議會之議程

一、制訂規則

審議會依規則制訂，明訂出設置下屬機關、必要委員之最少人數、議決方式、議程公開、其他會議營運之必要事項。

二、基本性政策之審議及答辯

審議基本性政策之審議會是爲了聽取有專門知識者高度且專門性意見所設置，答辯是由內閣或國務大臣作爲行政機關進行最終政策決定，因此在這層考量下，進行審議以及答辯時須注意以下事項¹²¹：

- (一)對於諮詢人之詢問，因應諮詢事項，將必須進行的檢討項目問題點合併列出，藉由這個步驟除了可讓審議進行得更有效率之外，可以隨諮詢事項因應必要設定答辯期限，努力讓審議會在該期限內進行答辯。
- (二)適時向諮詢者報告審議狀況，諮詢者可因應需要向審議會陳述自己的意見。
- (三)在結束審議，且委員彼此間意見紛歧時，不需要強行做出全員一致的結論，可用同時記錄多數意見的方式，反映委員多項意見，將此作爲審議結果進行答辯。

三、聽取利害關係者的意見¹²²

- (一)審議會認爲對該調查審議有特別必要時，應努力營造聽取與該調查審議事項有密切關連、有利益之個人或團體的機會。在此場合裡，必須留意要與其他關係者之間公正均衡的關係。另外，召開公聽會等，法令另有明訂時則依法令進行。
- (二)對審議會有「有關之意見聽取之申請」或「對審議會有關之抱怨」時，各機關需作爲庶務負責單位進行意見整理，將結果適時地報告審議會。
- (三)在審議會營運方面，爲了使橫跨廣泛分野之行政課題能綜合性地、整合性地進行彙整，必須致力於確保相互有密切關連的審議會之間的合作關係。

¹²¹ 審議會等營運基本方針，第3之(2)，審議會總覽，平成20年，頁439。

¹²² 審議會等營運基本方針第3之(3)，審議會總覽，平成20年，頁440。

第二目 資訊公開

爲了落實保障民眾權益，避免黑箱作業，並回應人民的質疑，在資訊公開方面須做到幾以下幾點¹²³：

- 一、審議會委員的姓名於會前公布或是會後儘速公布。
- 二、原則上儘速公開會議或議事錄，以確保議事內容的透明性。此外，若有特殊理由不能公開會議以及議事錄時，必須明示其理由，公開議事要旨。但是，進行行政處分、不服審查、試驗等方面之審議會，會因爲公開會議、議事錄或議事要旨而有可能影響當事者或第三者的權利、利益或公共利益時，則選擇公開部分、或不公開會議、議事錄或議事要旨¹²⁴。
- 三、公開議事錄以及議事要旨時，負責機關也要進行公開工作如設立單一窗口供人閱覽、影印、可尋一般路徑進入之電腦資料庫以及網站等。

第五項 日本改革對我國之啓示

從日本審議會的改革軌跡觀之，其分水嶺在於平成 11 年，從審議會之數量來看，大幅減少將近 106 個（即從 1999 年的 211 個到 2000 年的 105 個）¹²⁵，反觀我國機關內設置之委員會包含諮詢、審議、爭議裁決、監督管理、調查、計劃等類，而且數目不少，但由於其運作過去以來一直是由行政機關設置，一旦遇有爭議的公共議題，行政機關輒成立委員會以平息民眾質疑。例如賦稅之改革有專家學者、產業界人士組成「賦稅改革諮詢委員會」遇有施打疫苗死傷則有藥害救濟委員會，甚至遇有政治上改革妥協的「直轄市區諮詢委員的設立」¹²⁶，凡此種種，均無法掩飾爲行政機關背書之質疑。

然而一個成熟的公民社會，除了民眾參與外，專家與有識者之參與亦爲模式之一，如何透過改革讓「專業參與」成爲國家行政決策、執行的助力，實爲我國應認真思考的方向。

¹²³ 審議會營運方針第 3 之(4)，審議會總覽（平成 20 年），頁 440～441。

¹²⁴ 我國類似之立法如政府資訊公開法第 7 條第 3 項，但係指「合議制機關」，應否進一步擴及「機關內設置的委員會」有討論空間。

¹²⁵ 日本の行政 2009，財團法人行政管理研究センター，2008 年 12 月發行，頁 11。

¹²⁶ 例如新修正之地方制度法第 58 條之 1。

晚近，行政機關內設立用以協助機關作成行政處分的委員會，常因委員個人私德而引發公眾之批評，尤其是公共工程甄審與政府採購之評選，其源自於我國尚未意識到以專家學者公正人士所參與的委員會，在成員的遴聘、委員會的運作模式以及資訊公開等方面遭人所詬病，面對這些層出不窮的問題，從法社會學的角度言，如何透過法制加以解決，實刻不容緩。

而日本審議會的改革方針，早在十年前即已提出，有關審議會的縮減合理化計劃、設置審議會的方針以及審議會組織運作等模式，均可作為我國思考機關設立之委員會及委員改革之參考。

第九章 結論與建議

組織無成員無法運作，成員無組織無所依附。本論文以「機關外聘委員之法律地位」為研究課題。在研究中發現，我國有關此議題相較於其他主題所受關注較少。雖然機關外聘委員並非傳統法制之「公務員」但卻分擔參與許多國家公共事務之運作。外聘委員隸屬於行政機關設立的委員會，因此在成員與組織之間有諸多的問題發現，尚待進一步的說明。綜合前八章之研究，爰提出以下的結論與建議。

第一節 宏觀面之考察與建議

有關外聘委員參與公共事務之制度，在我國運作已久不論其作為機關另外一種治理的模式（governance model），或者如學者所批評，作為「行政的保護傘」，任何一種制度之施行必有良窳。從前述實證研究結果，機關外聘委員介入公共事務，由於法制缺乏通盤的規範，在運用上機關雖擁有廣泛的彈性，但弊端亦不少，最為常見的是機關外聘委員的操守、資訊的不公開。但此涉及到遴聘的規範標準在我國尚未有全面的建立，以及其參與程序中正當程序（due process）理念之尚未落實，面對此一現象首要之務即須針對「機關外聘委員」參與的制度提出完善的改革計畫。

以鄰國日本為例，對於審議會數量的龐大提出刪減計畫，審議會的數目於昭和 40 年（1965）年時，增加到 277 個，不過之後在昭和 41（1966）年，昭和 53（1978）年時，被當作行政改革的一環而與以整頓。平成 11（1999）年 4 月時，設有 211 個審議會等，後來因為中央省廳等改革基本法（平成 10 年法律第 103 號）之故，整併、廢止為 121 個審議會等，刪減了 105 個。不過，被廢止的審議等中，有很多是以分科會和部會的名稱，放在審議會的下部組織，繼續留存而沒被廢除，因此也有人對此提出批評。

平成 18（2006）年，國家審議會等的總數共計 110 個。這當中近半數是在平成 13（2001）年，省廳重編之前所設立的，平成 20（2008）年 12 月底，國家審議會的總數目共計 109 個。

無獨有偶地，英國行政裁決所的改革（爭議裁決委員會）亦強調整併與重

組，由於散於各地的委員會有些功能不彰，有些停止運作，政府意識到此問題，於 2000 年 5 月任命上訴法院退休法官 Sir Andrew Leggatt 為首的研究團隊，於 2001 年 3 月提出了「Tribunals for Users-One System,One Services」自此展開了十年內英國行政裁決所的改革。

布萊爾政府於 2004 年的政府白皮書中，明確宣布對於裁決所的缺失進行大規模之改革並擬定相關改革法案（Bill）交由國會審查，國會於 2007 年制定了 2007 裁決所、法院和執行法（Tribunals,courts and enforcement Act 2007），政府對裁決所進行重組改革，形成統一的行政裁決所系統，並實現了裁判所的管理和程序的協調一致，凡此均已成文英國憲政成文化的重要內容。

反觀我國，這幾年雖然對於中央行政機關組織改造獲致有成果¹，但幾乎未觸及在我國行政實務存在已久的「專家、學者、社會公人士」參與的「專業委員會」。本文建議至少應參酌日本或英國提出改造計畫。行政院應針對目前存在於其轄下各委員會的運作狀況、功能存廢提出檢視並訂定「行政院各機關內委員會的縮減合理化基本計畫」以及「委員會設置之相關方針」，並進行各項法律及法規命令的整備，而其內容至少包括以下幾點：

一、機關內設置委員會數目的檢討

筆者曾以實證研究，存在於中央與地方機關內委員會的數量高達 508 個(數目不斷變動之中，或增或減)，對於如此龐大的委員會數量應提出合理的縮減計畫，而其考量應包括：

- (一)委員會若不曾運作或幾乎停止運作者，基本上應予廢止。
- (二)有關委員會所擔任的任務，就其功能面如果有共通性者應予整合。
- (三)有關參與審議或爭議裁決之委員會，應重新審視其必要性，保留最小限度之必要部分。

二、委員會委員的建制

機關外聘委員之遴聘攸關委員會之運作，雖然法制上常以「專家、學者、社會公正人士」作為遴聘的對象，雖然渠等人員在社會上有其專業公正之形象，

¹ 例如行政院組織法修正案，行政院功能業務與組織調整暫行條例之制定以及中央行政機關組織基準法，分別於 2010 年 1 月 12 日立法院三讀通過，其中行政院組織法將自民國 101 年(2012)年 1 月 1 日施行。

且委員為「榮譽職」，但就「委員」的改革部分仍應考量以下幾點：

(一)委員的人數

由於委員會之成員係各領域之精英，但委員會之決議係採多數決與共識決，在各堅持己見之情形下，將造成議而不決的現象，因此有關委員會委員的人數不宜過多或過少，應依委員會之性質而定。

(二)有關委員的資格要件

如上所述，我國外聘委員之遴聘以「專家、學者、社會公正人士、利益團體代表等」但宜建構出更細緻的規範，包括民意代表是否適宜擔任、機關出身的委員、年齡性別保障等。

(三)有關委員參與委員會的限制與任期

由於在同一領域中有許多不同專家學者，從我國實證法規觀之，委員之專長中常有以「具法律專長」者，於此應思考一個委員可否兼任過多委員會，其總數應否設有上限之規定，本文以為委員最高可以兼任三個委員會，以免空有職位而無出席之實，此外委員之任期亦應有所規範，本文認為以二年為原則，至於可否連續以及可否擔任超過一定的年限，凡此均應通盤考量，並注意出席紀錄狀況。

三、委員會的運作

我國現行機關內委員會組織之運作，大都依委員會之組織規程或設置辦法，由於晚近正當法律程序之要求，爰應就委員會之運作程序規範以下幾點：

(一)有關會議委員的出席人數與議決方式，此為組織運作最基本的規範。

(二)議程與資訊公開

為了回應人民對委員會運作的批評，落實保障民眾權益，避免黑箱作業，雖然某些委員會的運作已意識到此問題，但僅除少數。在資訊公開方面本文認為可以參酌日本審議會運作改革方針須做到幾以下幾點：

1. 審議會委員的姓名於會前公布或是會後儘速公布。
2. 原則上儘速公開會議或議事錄，以確保議事內容的透明性。此外，若有特殊理由不能公開會議以及議事錄時，必須明示其理由，公開議事要旨。但是，進行行政處分、不服審查、試驗等方面之審議會，會因

為公開會議、議事錄或議事要旨而有可能影響當事者或第三者的權利、利益或公共利益時，則選擇公開部分、或不公開會議、議事錄或議事要旨。

3. 公開議事錄以及議事要旨時，負責機關也要進行公開工作如設立單一窗口供人閱覽、影印、可尋一般路徑進入之電腦資料庫以及網站等。

第二節 微觀面的結論與建議

在宏觀制度之檢討與建議之下，對於機關外聘委員法律地位之研究其相關之爭點與建議仍不能偏廢，以下爰以微觀面的結論與建議說明之。

一、機關外聘委員與法律保留

從比較法的角度觀之，日本審議會之設置來自於法律或法規命令，甚至在國家行政組織法第 8 條有其設置依據。但反觀我國，僅於中央行政機關組織基準法第 27 條規定：「一級機關、二級機關及三級機關得依法設立掌理調查、審議、訴願等單位」，對於存在於機關由專家與公務員所組成的委員會並未有基準性的規定，而係散見於個別的組織法或作用法，甚至亦有依「行政規則」設置，相較起來，似未對散見於機關內的委員會有檢討之跡象。

從立法論的角度觀之，為強化私人參與委員會之正當性與合法性，我未來宜思考將外聘委員參與委員會之依據提昇至作用法以法律或法律明確授權之法規命令為宜²。

二、外聘委員的法律定位

外聘委員在社會上具有學識經驗，應遴聘參與國家公共事務，於此將產生一個問題，這些具有榮譽職身分的專家、學者，社會公正人士其法律地位如何？之所以探究此問題影響層面有二；其一，外聘委員之法律定位將影響其權利、義務以及責任；其二，他們的參與對公共事務而言，具有什麼樣的功能？將影響其所作成決定之效力？一個最簡單的問法，外聘委員是公務員嗎？在我國法制下公務員與公務人員之概念有些許不同，在適用各別法律的前提下須先加以

² 晚近我國之立法模式亦有注意到此趨勢但並非全面性，例如家庭暴力防治法第 5 條第 1 項及第 6 條第 1 項；國家公園法第 4 條、醫療法第 98 條及第 100 條；都市更新條例第 16 條等。

確定其法律地位。

經本文研究結果，將之再分為外聘委員在行政法上之地位與刑法之身分，茲說明如次：

(一)行政法上之地位

國家並不一定要親自履行或完成行政任務，公共行政之承擔者除了公法人外，還有獨立或分擔國家職能之私法自然人或法人團體。晚近，國家任務之多元化與專業化，有引進私人分擔國家之事務，但因參與之程度與事務不同，類型與權利義務責任亦各別，復因係委託行使公權力或單純履行契約義務也不同，約略而言，有公權力委託、行政輔助人(助手)、專家參與。

經本文研究專家學者、社會公正人士亦即機關之外聘委員參與應可成為獨立之類型討論，蓋在行政法之概念上其並非委託行使公權力亦非行政助手，茲說明如次：

1. 外聘委員參與非行政委託

綜合觀察，以私人身分參與國家公共事務之外聘委員與行政法學理之「行政委託」約有以下幾點不同：

- (1)首先，行政委託(受託行使公權力)機關須將權限之一部分移轉給受託團體或私人；外聘委員並無分擔權限，反而是加入行政機關職權之實踐，並無權限移轉之問題。
- (2)其次，從嚴格意義而言，行政委託須踐行委託程序，即刊登政府公報或新聞紙³；而外聘委員之聘任過程，係自主管機關建立之建議名單中，遴選後簽辦主管機關首長或其授權之人員核定；經外聘委員同意後，由主辦機關首長聘兼之，兩者並不相同。
- (3)再者，行政委託後關於委託事項作成決定對外須以受託者名義對外行之；然外聘委員參與之委員外，如須對外行文應以機關名義行之。
- (4)復次，行政委託之委託費用，除另有約定外，由行政機關支付(參行政程序法第16條第3項)；外聘委員之費用，原則上外聘委員為

³ 行政程序法第16條。

無給職，但得依規定支給兼職酬勞。

- (5)最後，從救濟途徑言，對於行政委託事務不服者，依訴願法第 10 條及行政訴訟法第 25 條規定，可分別向委託機關提訴願或以該團體或私人為被告提起行政訴訟；至於外聘委員參與之委員會因係以主辦機關名義對外行文，故其救濟途徑仍循一般行政救濟途徑處理。

2. 外聘委員非行政助手

行政助手係行政機關手臂之延長又稱「行政輔助人」與上述「受委託行使公權力」有別，行政助手不能以自己名義及意思，獨立對外處理事務，須聽命於機關之指揮。事實上晚近國家諸多公共工程或政府採購事件都引進專家學者參與甄審評選，此乃借助其專業能力進行評選，基本上其係本諸專業自主執行職務，並非聽命行事，事實亦無任何行政機關人員在旁聽其發號施令，此等人員在行政機關內部組成甄選委員會成為機關之內部單位，雖作成決定以機關名義，但於評選時絕不受機關之干涉與指揮，否則即失其意義，是故此等成員亦非行政法上之行政助手。

(二) 刑法上之身分

透過比較法之觀察，專家學者外聘委員可否評價成我國新修正刑法第 10 條第 2 項之公務員，經研究發現我國未如日本刑法 7 條將之明文規定：「本法所謂公務員是國家或地方公共團體及其他依法令從事公務之議員、委員及其他職員」，故應如何判斷須回歸我國刑法之規定，但經檢討各項要件仍應區別不同類型之委員方能加以認定。本文初步認為，外聘委員依法令參與之公共事務具有公權力行使之性質者應該可以定位為刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，包括政府採購評選委員、公共工程甄審委員、爭議裁決委員；至於僅係以專業提供意見之諮詢委員、調解委員、鑑定委員、調查委員等應排除在刑法公務員概念之外。

(三) 外聘委員與專家參審

外聘委員與專家參審之所以介入國家事務運作，均以其專門知識與技能，亦即該等人員本非傳統國家依法考試及銓敘之公務員或法官，係純粹以「國民」或「私人」身分而參與；同時其產生背景係呼應「民主

化」之要求，不管是「行政民主化」或「司法民主化」某種程度讓人民參與，可以消弭民眾對行政或司法公信力之質疑，提昇人民對行政或司法之信賴。外聘委員與司法專家參審不管從參與之性質、法制規範基礎、法律效力、權利義務以及責任歸屬之設計均不相同。

(四)外聘委員與獨立機關之委員

外聘委員與行政委員會之委員雖然名稱均為「委員」，但彼此之定位、權利義務以及責任各不相同；之所以易造成混淆乃是我國行政委員會有「機關型」與「內部單位」之委員會。而本文所研究對象係指內部單位之外聘委員，亦即以其專門知識技能介入國家公共事務，並非在獨立機關組織法中定有官等職等之委員。不管從產生過程與任命程序、權利保障、職權行使、資格限制以及法制規範基礎均不相同，此不可不辨。

三、外聘委員之類型化分析與建構

外聘委員參與公共事務依其不同之功能、任務職掌，而有不同研究的面向，從比較法的角度，西元 1955 年由牛津大學 (Oxford) 出版，魏亞 (K.C.Wheare) 在委員會治理的政府 (Government By Commission) 一書中描述委員會運作的七個特色，並將委員會分為七類，即諮詢委員會 (Commissions to Advise)、調查委員會 (Commissions to Inquire)、協調委員會 (Commissions to Negotiate)、立法委員會 (Commissions to Legislate)、執行委員會 (Commissions to Administer)、審議與管制委員會 (Commissions to scrutinize and control)；並針對各該委員會之成員所產生的問題加以分析，此係從委員的運作功能將之「類型化」。

此外，經審閱相關文獻發現，日本學者在研究審議會及其成員 (委員) 時，法律學者及公共行政與政治學者的觀察面向並不相同，日本東京大學森田朗教授以其親身參與諸多審議會之運作而著有「會議の政治學」。在該書中，他從委員的性格中分析出幾種典型的委員行為模式，包括委員之類型為：(1)重視均衡型；(2)自我主張型；(3)自我顯示時；(4)專注領域型；(5)追求理念型；(6)無關心型；(7)行使拒絕權等七種類型。

另外，日本行政法學者塩野宏教授從法律的角度將審議會 (委員) 分為：(1)政策提案型；(2)不服審查型以及(3)案件處理型之委員會 (委員)，但氏亦承認

上述分類並非「排他性」的硬性分類，有可能同一審議會兼具上述二種類型，例如日本食品安全審議會同時兼具「政策提案型」與「案件處理型」審議會；電波監理審議會同時為「不服審查型」與「案件處理型」之審議會。

本文在上述之研究基礎上，進行我國法制上之實證整理歸納分析，進而類型化並將之分為：

(一)諮詢委員

諮詢委員通常提供政策或法律制定之諮詢與建議經實證研究，本文將之分為 1. 政策諮詢委員； 2. 法令諮詢委員； 3. 個案諮詢委員。

(二)審議委員

審議委員即是參與案件之實質審理並預為機關作成某種決定進行實質的審查。審議委員之任務依審議之事務類型而有不同之名稱，依本文實證分析結果復將審議委員類型化成 1. 參與處分作成； 2. 公共費率與政策審議； 3. 計畫與規畫審議委員。

(三)爭議裁決委員

隨著社會的變遷與多元化，人類糾紛之類型亦不斷改變，過去仰賴司法解決紛爭的機制也逐漸部分移由行政機關內設立的糾紛裁決機制⁴，一來快速再者可以透過非訴訟的方式達成解決紛爭之目的。而在多元與專業化的要求下，專家學者社會公正人士或社會利益團體人士的參與更能達成糾紛之解決。經本文研究「爭議裁決委員」的類型化，包括行政救濟傳統型（訴願委員、國賠委員）、申訴（教師申訴委員、消費者申訴、勞工申訴）以及仲裁等不同的名稱。

(四)調解委員

現代社會以非正式方式代替糾紛解決的模式愈來愈多，調解係得當事人同意之行政指導行為。經本文研究結果其類型包括鄉鎮市公所調解委員、公害糾紛調處委員、著作權爭議調解委員等。

⁴ 相關文獻請參閱大橋真由美，行政紛爭處理の現代構造，弘文堂，2005年，頁7~9；小林徹，司法制度革概説て，裁判外紛爭解決促進法，商事法務株式會社，2005年10月，頁3~5。

(五) 監督管理委員

晚近，行政組織之運作模式採官民合作之態樣者增多，一來引進民間力量介入公共事務以防止官僚之間的「官官相護」；二來實踐某種程度之民主參與，以促進行政之民主化與公開化，這在強調政治與社會多元化與專業化的趨勢中，透過民間（由專家或利害團體組織）參與，能合理有效推行公共事務。監督管理委員之設置積極目的在增進效率與行政的合法性⁵。經本文類型化之結果，監督管理委員尚可再細分基金運用之管理監督、特定事務之監督以及對影響重大公共安全之監督。

(六) 調查委員

調查委員會係事件發生後為讓事實更臻明確而成立調查委員會之成員，我國法制上對重大事故之發生，依法成立之調查委員會相較其他委員會類型較少，經本文實證研究結果有飛行安全調查委員、貿易調查委員以及核能事故調查評議委員。

(七) 評鑑或鑑定委員

鑑定係對於事實未臻明確時，藉由具有「特別專業知識與經驗之人」對事實部分作「認定」，鑑定強調必需具備特別之學識經驗，並且有一套客觀公正的流程可遵循，隨著社會型態多元與專業，新興事務不斷出現，對「專業」的需求即愈渴望。行政機關亦復如是。

我國有關鑑定或評鑑委員經類型化分析之結果，復分為大學評鑑委員、電子遊樂機關評鑑委員、火災鑑定委員、職業病鑑定委員...等。

(八) 典試委員

除上述委員之類型化分析外，本文亦歸納分析考試相關委員納入觀察，典試法之規定包括：專科學校以上之教授、副教授、助理教授、講師以及從事專門職業及技術工作，對有關學科富有研究，成績卓著者，顯見學校之教師（不分公立或私立）以及專技人員亦以其專業受聘參與國家考試工作，為是典試委員。

此外，各種考試之命題、閱卷、審查、口試或實地考試，除由典試

⁵ 例如 2010 年 2 月在台灣發生的「空污費」及「土污費」超收的爭議，我國設有相關的監督管理委員會。

委員擔任者外，必要時，得增聘命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員辦理之。增聘之委員，其聘用程序與典試委員同；其資格分別適用典試法第 6 條至第 8 條之規定。

本文認為，對於機關外聘委員功能類型化之分析將有助於其所從事之公共事務性質，同時配合該行政行為之性質來研判其法律性質，因此不管從英國學者魏亞（K.C.Wheare）的分析或者是日本學者塩野宏教授的分類，都可以讓外聘委員參與公共事務的類型化有更清楚的輪廓。

四、外聘委員遴聘之法律性質

專家學者參與公共事務接受國家遴聘之行為，究竟應如何定性攸關法律之適用。外聘委員與國家之法律關係可能有不同之學說，包括單方行為說，經受聘人同意之單方行政行為說，行政契約說與私法契約說。依本文研究結果，外聘委員依其所參與公共事務之類別而有不同之分類，若從行政之分類觀之，公共事務可分公權力行為與私經濟行為，如果外聘委員所參與為公權力行為（包括法效性與非法效力）應認為係公法上契約，亦即國家與外聘委員就參與公權力行為之公共事務而為之合意，不管其遴聘之基礎係依法令或依契約，一律均視為「行政契約」。至於如果外聘委員所擔任之公共事務係屬於「私經濟行為」，此時係處於與私人相同之地位。因之，國家與外聘委員之遴聘應屬「私法契約」。

五、外聘委員之遴聘要件

外聘委員受聘擔任各種委員會之委員，以其專門知識或技術或公正之形象為服務於國家，從現行法制（散見於各別組織法規）觀之，大都僅以「專家」「學者」或「社會公正人士」作為其聘用之資格，並未進一步討論外聘委員之能力與資格之問題。換言之，外聘委員須具備何種條件始得受聘，其聘用之條件可分積極要件與消極要件，前者係必須具備之條件，後者不應具備之條件。亦即有消極要件即不得受聘為外聘委員。

經本文研究發現，日本於平成 11 年提出的審議會縮減改革計畫的項目有原則性的規定，反觀我國並未針對遴聘要件有關之文獻論述。基此，本文於研究此一主題時，將之分為積極要件與消極要件探討。在積極要件方面，關於國籍之要件，本文認為，外聘委員係以「專業性」為考量而非以國籍為必要之件，若嚴格設限，將有礙於人才之延攬及科技交流，但亦不排除在國際間利益衝突

或涉及國家機密之職務，對特定委員會之成員做特別之限制；此外，在年齡方面，我國現行外聘委員之組織法規中，對於參與委員會之專家、學者或社會公正人士之年齡並無明文規定。雖然我國專家參審試行條例草案第 11 條規定，「……，須年滿三十歲……得為參審官」以三十歲為最低年齡限制；但於外聘委員似乎無法比照，是故以一定年齡硬性規定似不符現狀，亦恐有窒礙難行之處。反不若由行政機關依實際情形而遴聘。此乃因專家參與之委員會其任務特殊，尤其面對專業性、科技性的案件，因性質不同，同時科學的快速變化，面對各類型層出不窮的問題，其危險與風險有時無法為過去經驗所知，故其資格仍宜有彈性。因此，法律上通常亦僅為原則之規定（諸如專家或學者），而授權給行政機關遴聘決定。

再者，有關消極要件方面，民意代表可否成為機關外聘委員？關於此點日本審議會的改革計畫中曾提出國會議員、地方議會代表除為審議會除了不可或缺的要素之外原則上不可擔任委員。本文認為，民意代表職司立法及對行政施政之監督，本於制衡之思想，在行政機關內之委員會為避免角色混淆與衝突，自不應由民意代表兼任委員；此外，從社會分工之角度，構成員各有不同之職責，若將權力集於一身恐違反分工及監督原則。

最後，有關委員參與委員會之任期與個數，從比較法觀察，日本在「關於審議會等的整頓合理化之基本計畫」中，認為原則上委員的任期是二年，但也有三年和五年的任期，同一委員有可能再度任用，但以十年為上限，委員最多兼任 3 個。

於此，本文認為，在一個分工之社會中，各司其職同時以其專業貢獻國家社會自不容苛責，然從真正發揮外聘委員之功能角度言，似應該有參與上限之規定為宜，蓋不管從案件之審查或意見之提供，以及爭議之裁決、對於案件事實之瞭解均須耗費相當之時日，從真正案件解決實際性觀之，外聘委員自不宜兼任過多的委員會委員，至於究應多少為上限，本文認為以三～五個委員會為宜。

六、外聘委員之義務

德國聯邦行政程序法第 82 條至 84 條明定人民承擔「榮譽職」工作之義務，僅以法規有規定者為限，並列舉榮譽職工作人員應依其良心、公平執行職務及

保守秘密之義務，並且上述義務應以書面告之。其中對於守密之義務並於該法第 84 條有詳細之規定。依本文研究結果我國機關外聘委員大都為「無給職」且以專家學者之身分參與相關國家任務工作之執行，但並無統一之規範而僅散見於個別零星之規定。以下分別研究所得論之如次：

(一)親自參與義務

外聘委員之所以強調「親自參與」乃在於借重專家學者的知識經驗，並透過會議的思辯討論進而形成共識，在形成共識中找出解決問題的共通點，是故理應在各類型的委員會外聘委員均應「親自出席」方屬合理，但實務及理論上却並非如此。經本文研究結論認為，若為諮詢性質的委員較不重視思辯過程並不強調「親自出席」，但如果是實質參與案件處理之委員以及不服審查型之委員應「親自出席」，否則將造成決議的瑕疵。

(二)迴避義務

我國行政程序法第 32 及 33 條設有迴避制度之規定，第 32 條明定「公務員」在行政程序法中應自行迴避之情形，第 33 條第 1 項規定「公務員」有自行迴避而不迴避或有具體事「足認執行職務偏頗之虞」當事人得申請迴避。法律規定之主體為「公務員」，然而我國法制下「公務員」之定義與範圍不一，機關外聘委員是否可評價成行政程序法第 32 條及 33 條之「公務員」解釋上不無疑義？

依本文研究結論認為，行政程序法做為行政機關為行政行為之普通法，若其他法律未規定應依該法之規定（參該法第 3 條第 1 項）。我國委員會之組成皆有法令依據，而其所為之決定又都為機關首長所尊重，此等委員縱然不具備公務員任用資格，其所從事者亦大多為公權力行政之一部分，理當負有公正作為之義務。此外，迴避係法治國家依法行政原則中維持程序公正之最基本要求，故本文認為，行政程序法第 32 條及 33 條所定之「公務員」應從最廣義解釋即「依法令從事公務之人員」皆有適用，是故行政程序中之公務員，除法制上之公務員外亦包括各機關各種委員會之委員。

(三)外聘委員之財產申報義務

外聘委員尤其是參與案件處理與不服審查型之外聘委員，例如政府

採購評選委員、公共工程甄審委員、仲裁委員等是否有財產申報之義務？攸關是否有公職人員財產申報法的適用。依公職人員財產申報法第 2 條第 1 項第 13 款之「其他職務性質特殊，經主管府、院核定有申報財產必要之人員」，本款之立法用語係採用「概括授權」，於是在解釋上「機關外聘委員」是否屬於「其他職務性質特殊」，此攸關外聘委員之財產申報與否。

本文認為「財產申報」與「利益衝突迴避」兩者仍有所不同，故若將外聘委員解釋成該法第 2 條第 1 項第 13 款之「其他職務特殊者」納入該法之規範，成為財產申報之義務人，將造成許多專家學者或公正人士等以社會賢達身分受遴聘之外聘委員，恐其隱私曝露而拒絕受聘，此將造成阻礙公正專業力量進入各該機關參與公共事務之主因。

外聘委員固然介入公共事務擔任諮詢、審議、爭議裁決、監督管理、調查評鑑，但其所得報酬也僅係幾千元之出席費或車馬費而已，而且政府引進專家學者協助公部門面對多元化與專業化變遷之社會，若因此必須申報財產似乎過當，若規定亦難通過比例原則之檢驗。故本文認為外聘委員係以專家學者公正人士身分協助政府，其並非代表政府，故外聘委員雖參與公共事務但並非公職人員財產申報法適用之對象。

(四)外聘委員之資訊公開義務

政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 10 款規定「合議制機關之會議紀錄」應予公開，所謂合議制機關之會議紀錄依同條第 3 項規定係指：「由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由、決議內容及出席會議成員名單。」

除了行政院所屬合議制機關外，我國有許多專家學者參與之委員會，大都為機關內部為任務編組而設立之「合議制內部單位」，並非「合議制機關」，故並非政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 10 款所適用之對象。

經本文研究，日本有關審議會之改革計畫，其中對於審議會組織方針關於「委員」之部分，包括委員組成、委員的選任（含年齡限制、兼職、任期、女性委員等）以及委員姓名之「公開」提出了運作之方針。如今內閣府總務省將各個類別之審議會有關之基本事項，包括網址、法

令依據、設置年、月、日所掌事務，委員人數以及基本資料（姓名、經歷）均對大眾公開⁶。

反觀我國，除在個別零星法規於審議後有將委員名單公開者外⁷，尙未有針對委員會委員名單對外公佈之通盤檢討考量，本文認為除有特殊考量者外，宜採日本的做法，將有關我國外聘委員參與之委員會做系統化的整理規劃，同時對外公開讓人民得隨時查閱的狀態。

此外，有關委員會會議紀錄與出席委員名冊，本文雖不贊同將會議過程紀錄之內容公開，但是對於專家學者參與之委員會，其參加之委員並無不公開之理由。故委員會參加之名冊應予公開。此外會議過程內容不公開但於決議之理由（亦即作成處分或決定之理由）應予公開自不待言。

(五)外聘委員之守秘義務

外聘委員參與公共事務之類型不一，有為政策或個案諮詢型、有為不服處分型、有為案件處理型，是故關於外聘委員其身分雖非「公務員」但其所參與者均為「公務」。除了「諮詢型」與公務保密不相排斥外，有關案件處理型及不服審查型之外聘委員依事件之性質應予保密。

經本文分析結果認為，公務員本身對於職務上之事務，只要是機密均應有保密之義務，外聘委員與公務員最大之差異在於並無「職」，但其所從事之「任務」卻幾乎與公務員相同。故本文認為，若外聘委員在參與公共事務時，該事項對於公務員屬於「公務機密」應保守秘密時，外聘委員亦應同受拘束，並不會因為未具備公務員身分而有所不同。

(六)外聘委員不為特定行為之義務

外聘委員雖然不似公務人員具有一定的官等與職等，但當其參與公共事務時，其任務與公務員並無二致，於是即產生外聘委員接受政府遴聘後，在參與過程中甚至職務完成後之不為特定行為義務，要觀察此義務應從公務員服務法、利益衝突迴避法觀察。經本文分析認為有關「禁

⁶ 資料來源為平成 20 年審議會總覽係由（財）行政管理研究センター出版，含蓋府、省之審議會。

⁷ 採購評選委員會須知要點第 12 點規定：「機關於評定最有利標後，將於主管機關之政府採購網站公開「全部委員姓名、職業及評定最有利標會議之出席委員姓名。」

止濫權行爲」「禁止接受招待餽贈」「禁止推薦關說」「禁止互惠行爲」等公務員服務法相關之規定應可類推適用於外聘委員。

至於公務員服務法第 13 條第 1 項之公務員禁止經商行爲，是否適用於「外聘委員」？本文認爲，外聘委員參與公共事務係「榮譽職」並無真正之職位，其本身在社會上有一定之職業，不可因參與社會服務即禁止其選擇職業的自由，此恐不符比例原則。故本條並不適用外聘委員。

因此若要建立我國機關外聘委員之補助機制，本文認爲人事行政局亦可參考「聘請國外專家學者來台工作支給要點」，通盤檢討事務之性質以及參與事務之類型繁簡，做更細緻之劃分而非一律以二千元做爲報酬，此種齊頭式的平等並無助於提升專家學者對機關參與之動力。

再者，甫於 2009 年 6 月 10 日通過的「公務人員政治中立法」之規定是否對「外聘委員」有適用？本文認爲，外聘委員之受聘係本於專業知識與技能，不容否認在某些特定之委員會成員亦與行政機關首長交情匪淺，要求該等外聘委員遵守政治活動之中立性僅能在於其所參與之案件，但是不管評選甄審、監督管理、調查或爭議裁決，極度仰賴其專業，本身即具有極高的獨立性，在此情形下，只要求其客觀、獨立、公正即可，至於非參與審理之情形，似難要求其與常任文職相同遵守行政中立。

七、外聘委員之權利

(一)金錢請求權

經本文研究發現，機關外聘委員參與公共事務得享有之權利法制上最常見之規定爲：「○○委員，均爲無給職。但得依規定支給兼職酬勞」；「○○委員除專任委員外，概爲無給職，但舉行會議出席委員得由部酌送旅費」；「本會委員均爲無給職。但非由本機關代表擔任之委員，依規定支給出席費或交通費」；「本會委員爲無給職，但得依規定支給車馬費或研究費」，從我國法制觀察，依照不同之委員類型，包括「兼職酬勞」、「旅費」、「出席費或交通費」、「車馬費或研究費」、「審查費」均係因爲外聘委員從事該任務而產生之金錢請求權。

但是，本文認爲，外聘委員參與之相關會議之金錢請求權係本於「務的關係」，但由於外聘委員之所以參與某種程度上係服務於社會，故依我

國現制上述之費用與外聘委員之付出顯不成比例，或冗長的會議其出席會亦為二千元，未來在建立外聘委員參與之相關法制時，應同時考量勞務付出與社會參與之均衡，否則僅以「道德之束縛」而非「法制之建構」，對外聘委員參與制度之長遠發展並非益事。權宜之際，應建構一套支給標準分任務之繁簡、時間之久暫做完整之規劃。蓋參與需要成本，而外聘委員參與行政事務付出之心力亦應有權獲得必要之報酬，美國國會曾經在 1975 年的一項法案中提出「參與者補助」制度，規定聯邦行政機關在法定條件下可以提供個人團體參與行政決策過程中的花費，此種思維模式或許提昇外聘委員參與之動力，在相關法制建構時宜一併思考，但同樣地亦應有完善的追懲制度乃屬當然。

再者，外聘委員因為執行職務之需要，得依法使用各種公物並支領兼職酬勞，如辦公用具等，唯我國法制上並未對於參與之外聘委員有關使用公物或相關規定。考諸各國立法例，德國聯邦行政程序法第 85 條規定：「榮譽職工作人員，對其必要之支出與所失利益，有補償請求。」可做為解釋與相關立法之參考。

(二)身分保障權

外聘委員之參與國家事務係本於其專業知識或技能，亦即在該職業之領域中應屬菁英，國家才予以遴聘，但也有與機關首長或承辦人員交好而願做政策或個案之委託者，但不管如何他們受聘後具有「榮譽職」，除非有法定原因否則應予尊重不得任意解聘與除名。

本文以為在建構外聘委員法制時，應思考解聘與除名應否受法律保留原則之拘束。換言之，在目前個別零星法規之中（如辦法、準則或要點等），對外聘委員之解聘及除名有必要提升於法律中明定。而非僅由機關依命令為之。考諸立法例，德國聯邦行政程序法第 86 條規定：「被徵召從事榮譽職工作之人員，有重大理由時，得由原任命機關，解除其職務。榮譽職工作人員有下列情形時，視為重大理由：

- 一、重大違背職務或有不良行為時。
- 二、不能再照常行使職務。

從德國法之規定可知，擔任榮譽職之人員，若有聯邦行政程序法第

86 條第 2 款情形亦得解除職務，係採「法律」規定的方式。反觀我國卻以概括的授權命令或行政規則為之，關於此點有必要提升至法律做一般之規定，至於何謂「違背職務」、「不良行為」等不確定法律概念之情形，則可以授權主管機關做進一步之規範。

(三)因公涉訟之輔助權

專家學者之外聘委員參與國家公共事務，尤其是採購案之評選或重大公共工程委外案之甄審，常會涉及到刑事訴訟，並須經漫長的訴訟糾纏，不僅勞費心思同時亦應負擔龐大的訴訟費用。因此倘若外聘委員依法執行其評選或甄審職務涉及訴訟，可否請求因公涉訟輔助便成了問題。

公務人員因公涉訟輔助辦法第 21 條第 4 款「其他於各級政府機關、公共學校、公營事業機構依法令從事公務之人員及軍職人員」，本問題之關鍵在於，若將外聘委員參與公共事務解釋為「依法令從事公務之人員」，則可比照適用。是經各級政府機聘用之專家學者，雖非公務人員因公涉訟輔助辦法第 2 條所稱之公務人員，如屬於該辦法第 21 條第 4 款之「依法令從事公務之人員」應係採廣義說，而不論其是否具備「公務人員」之身分，只要參與公共事務因而涉訟者即可請求國家訴訟輔助。本文持肯定見解。

八、外聘委員之責任

本論文在進行外聘委員責任之分析之前，就責任的理論基礎加以分析並論述與外聘委員有關的責任概念，包括與外聘委員有關的責任類型分析（法律／道德責任，個人／替代責任，個體／共同／團體責任），責任之認定標準、因果關係之認定。

此外，機關外聘委員與其參與委員會，究竟何者可以成為責任的對象（或承擔者），此事涉委員會的定位（行政機關或內部單位）以及委員會與成員之關係，在責任的承擔及分配上究應如何思考？在進行責任歸屬討論之前有必要釐清其彼此之關係。爰結論並建議如次：

(一)委員會之地位

經本文研究發現，我國現行機關內設置之委員，其定位或為「行政機關」或為「內部單位」面對此一現象我國司法實務於判斷時並未建構

出一致之標準致有混淆之情形。

本文認為，由於我國關於委員會名稱未如日本之區分，但實務上仍有「○○審議委員會」，故於形式上實難區分且造成地位認定之混淆，此觀諸行政法院之裁判自明。

故應「捨形式而就實質」，易言之，以委員會的功能及實質面加以判別，若該委員會具有甚強的獨立性，同時法規賦予其決定事務之權限，應承認其具有「行政機關」之地位。故本文建議應進行相關委員會地位之檢討與整備，梳理出具機關地位之內部委員會以及內部單位之委員會。從立法論之角度，可以在各該法規中直接賦予其明確之地位，若獨立性甚強並具決定權限之委員會，應於該組織法或作用法內明定其為機關之地位，如「○○審議委員會在其權限範圍內視為行政機關」。

(二) 刑事責任

有關外聘委員刑事責任之探討，本論文僅限於其「法律地位」究係是否可以評價為我國刑法第 10 條第 2 項各款之公務員，經本文研究結果，提出解釋論之思考與立法論之建議如次：

1. 解釋論之領域

專家學者參與公共事務可否評價為刑法總則立法定義之公務員，在解釋上有其困難之處，蓋可能涉及到不同法領域之間的解釋，尤其是行政法與刑法領域；不論是刑法總則第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員或同條項 2 款之委託公務員，不管從那一方面解釋都有其闕漏。

本文認為，要解決此項解釋的不確定性，唯有更精緻的類型化探討，並從所參與之任務與侵害法益綜合觀察，亦即從犯罪類型的不法職務內涵，而以總則立法定義為輔。此外，有一個輔助標準，即專家學者參與國家公共事務之類型很多，可否評價為該當公務員之各類犯罪，應跳脫組織意義的概念，而朝向實質參與國家公共事務在工作性質上，是否從事公共事務而具公權力行為作為判斷標準，亦即採組織與功能性之公務員概念合併觀察。若依此，參與政府採購評選委員、公共工程甄審委員、爭議裁決（如訴願審議）之審議委員因所參與的

公共事務涉及公權力行爲，因爲其具有特殊的權力與影響力，應檢視公務員個別犯罪，應可評價爲「公務員」。另外，參與政府政策、法令之諮詢委員、調解鑑定及評鑑委員因非涉公權力行使，應不可評價爲「公務員」。

2. 立法論之思考

在解釋機關外聘委員是否爲我國刑法公務員身分時，常因立法定義的不明確造成法院認定身分之不同也間接影響其罪名之成立，在多元、專業且富變遷的社會中，法律應隨社會現況而調整，對於愈來愈多的「私人參與」其角色與地位應朝向「明文立法」之方式，因此本文建議在立法論之思維下，可以修正我國刑法總則公務員之定義，將委員明文列入，或者在分則下有關公務員之職務犯罪中透過「準公務員」的方式予以明定。

此外，本論文並以相當大篇幅，探討我國近年來重大矚目的外聘委員參與公共事務之政府採購評選因涉及不法的刑事案件，從案例法的角度加以分析得知，我國現行法院（尤其是下級審法院）對於專家學者社會公正人士參與政府採購評選或甄審所衍生的法律地位見解不一，援引的各款亦不相同（例如究係第 10 條第 2 項第 1 款或第 2 款），爰提出本文整理結論如次：

表 9-1 外聘委員刑法身分認定爭議表

比較點	案由 南科高鐵減震工程案	高雄捷運公開六標案	高雄地方法院改興建招標案	南港展覽館新建工程案
委員類型	政府採購評選委員	依合約組成之評決小組成員	政府採購評選委員	政府採購評選委員
身分認定之爭議	是否爲刑法公務員？	是否爲刑法公務員？	是否爲刑法公務員？	是否爲刑法公務員？
法院判決結果認定	台南地方法院： ◎評選委員非屬刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員，但未論證是否屬於同條項第 1 款後段之「授權公務員」。	高雄地方法院： 評決小組成員由高雄市政府指派爲受託公務員。 高雄高分院： 評決小組成員非執行高雄市政府採購業務，亦非受委託執行公權力，不符合公務員要件。	高雄地方法院： ◎評選委員依法令負有處理一定公共事務之權限，自應負有特別保護之義務，爲刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段「授權公務員」。	台北地方法院： ◎評選委員係依政府採購法 94 條及採購審議規則等法令屬於新刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段「授權公務員」。
本文見解	◎雖非刑法第 10 條第 2 項 2 款之	◎評決小組成員之權力來源係	◎評選委員係刑法第 10 條第 2	◎評選委員係屬刑法第 10 條第

	委託公務員但應係1款後段之授權公務員	契約非法令，故非授權或委託公務員	項第1款後段之授權公務員	2項第1款後段之「授權公務員」
後續處理	此部分已確定檢察官未上訴	部分確定部分上訴	上訴中	上訴中

製表／作者

(三) 行政法責任

有關外聘委員參與公共事務之行政法責任，依現狀有各該專業懲戒法規或教師法之責任類型。此外有懲罰機制者為公共工程、採購之評選委員，現行實務之法規範對外聘委員之除名、解聘均見之於機關自己所訂頒之行政規則，此或許機關之便宜行事，蓋外聘委員由其遴聘，亦可由其除名、解聘，但此却違反處罰法定主義。本文並非反對機關可在一定條件事由發生時予以除名或解聘，但須符合對人民權利之剝奪或限制應有法律或法律明文授權始足當之。故本文建議對於外聘委員公法責任應回歸法制面之建構，而非僅以「行政規則」予以規範。

此外，對於外聘委員參與公共事務之公法責任建構，在有關處罰之類型上除了解聘除名、移除名單之外似可考慮「金錢罰」，因為在外聘委員違反法律或倫理規範之態樣不一，若能細緻劃分其違規型態而異其處罰，始符合行為與責任相當原則。由於外聘委員違法（規）之態樣不一，應考慮在解聘、除名之外，亦有金錢罰之訂定，並配合法定處罰主義，於法律或明確授權之法規命令中明定。

(四) 國家賠償責任

有關外聘委員之身分可否評價為國家賠償法上之「公務員」，本文認為採最廣義說，只要其參與之公共事務具有公權力之行使即可認定為國家賠償法上之「公務員」。

另外，由於國家賠償法有求償制度，若違法處分造成人民損害，公務員有故意或重大過失國家得對之求償。但若並非依國家賠償法，而係依其他法律規定的損害賠償（如政府採購法第85條第3項），行政機關賠償後可否向有故意或重大過失之「參與者」，即專家學者等外聘委員求償即有疑問？我國促參法及政府採購法並未規定。但本文認為，對於因故意或重大過失，參與甄審或評選之外聘委員，因自己之行為導致「甄

審程序」或「評選違法」，而使行政機關償付之費用，行政機關得參酌國家賠償法第 3 條第 3 項：「公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」之規定作立法論之思考，為完備法制並建立權責相符之專家學者參與公共事務之賠償機制，本文建議宜於相關作用法中，如促進民間參與公共建設法或政府採購法中增訂「求償機制」爰試擬增訂條文如次，(增訂)政府採購法第 85 條第 4 項：「IV 前項招標機關所償付之費用，參與招標程序之人員，有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」

九、外聘委員之監督

監督是任何制度運作的必要機制，同時可以防止公權力腐敗是現代國家正常運作之重要管道，外聘委員參與國家公共事務之制度存在於我國已久，但在制度之研究上本文思考應從體內制找尋監督的模式(方法)，並從中建構出體制內監督的模式，爰結論建議如次：

(一)國會監督

國會監督依本文研究認為，可再將之分為對委員會及成員法令之監督，我國由於專家學者參與之機關委員會類型不一，其法規依據亦不盡一致。從實證法分析，爭議裁決型之外聘委員採形式法律保留；公共工程之甄審委員與政府採購之評審委員則以法律授權之方式為之；至於諮詢性質做為政府施政或個案之建議參考則大多以行政規則之方式居多。立法院可透過立法否決、聽證報告等方式對為法令監督；再者，國會亦可透過下列方式對行政部門監督，包括質詢、預算審查、決議、文件調卷以及調查權等，是為對於外聘委員為職務上之監督。

(二)司法監督

對於專家學者等外聘委員所參與的委員會其所作的決定，司法得否審查？此涉及到行政法學的「判斷餘地」理論。依本文研究發現，從司法院解釋 319 號、462 號及 553 號逐次所建立司法對行政專業判斷之基準以來，我國行政法院對於涉及專業判斷或由專家學者所組成的甄審委員會或評選委員會其所作成之決定，若當事人不服而涉訟，上述所建構之基準幾乎已成為行政法院之例稿。

依本文觀察，行政法院審查之密度觀之，只有針對事件之性質涉及高度專業，即科技、環保、醫藥以及不可取代和高度預測性之事件，法院於審查時密度放低（即更多尊重），蓋行政機關於處理此類事件，通常皆委請專家、學者審查或科技專門機構鑑定，故行政法院大都予以尊重，但並非放棄審查。至於委員會組織成員、審議程序之適法性以及法律與事實之涵攝與解釋，是否有其他重要事項漏未斟酌則採高密度之審查基準。

此外，本文對於機關內設置委員會作成處分的行政爭訟，本文基於避免造成專家審專家、公益及效率之考量等理由，對於具有實質決定力之委員會所作成之決定建議方透過立法令其逕提行政訴訟。

(三)行政監督

一般說來，從事物本質觀點，對外聘委員的行政監督無須與傳統公務員之考核一樣，設有考績或獎懲制度，但既然參與公共事務，甚至其決定具有公權力之性質。行政機關對於這些外聘委員亦應該有倫理道德或法律規範加以約束，以作為行政內部之監督。本文認為，有關倫理規範約束之內容，本文至少應包括以下幾點⁸：

1. 外聘委員應依據法令，本於良知、公正執行職務，不為及不受任何請託或關說。
2. 外聘委員應廉潔自持、重視榮譽、言詞謹慎、行為端莊。
3. 外聘委員對於所參與之公共事務，對於有利不利之情形均應仔細查察，務求認事用法允妥，以昭公信。
4. 規範外聘委員不得從事之活動與行為。

此外，行政監督的外部監督應建立起「資訊公開」的制度，並透過公正的程序運作規範，以防免被譏之為「行政的保護傘」。

⁸ 事實上，晚近有些委員會亦有針對成員之行為規範明文化，如採購評選委員會組織準則修正草案第4條之1，其規定如次：「機關遴選本委員會委員，不得有下列情形：一、徵詢廠商或利益關係者之意見。二、接受廠商或利益關係者之請託、關說或建議。三、接受舉薦自己為委員者。四、為特定廠商利益而為遴選。五、遴選不具專門知識者。六、明知係操守不正之人員而仍為遴選。」

主要參考資料

一、中文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）

（一）書籍、專論

1. 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，台北，元照，2005年9月。
2. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，台北，瑞興，2006年。
3. 刁榮華、林紀東主編，現代行政法基本論，台北，漢林，1985年5月初版。
4. 尤光付，中外監督制度比較，北京，商務印書館，2005年。
5. 王惠光，法律倫理與法律人的社會責任收於東吳大學法院「法律倫理核心價值探，台北，學林，2007年7月。
6. 王寶蒞，理性與倫理－法律倫理規範教學的價值基礎，收於法律倫理核心價值探討，台北，新學林，2000年7月。
7. 任德厚，政治學（增訂5版），作者自版，1999年。
8. 吳定，行政學（二），台北，空大，1996年。
9. 吳庚，行政法之理論與實用（增訂10版），作者自版，2007年年9月。
10. 吳耀宗，評析刑法新修正公務人員，收於氏著犯罪與法之抗制，台北，元照，2006年3月。
11. 李建良、林三欽、陳愛娥、林合民、黃啓禎等合著，行政法入門，台北，元照，2004年。
12. 李惠宗，行政法要義，台北，元照，2007年2月三版一刷。
13. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，台北，元照，2005年8月，2刷。
14. 李惠宗，案例式法學方法論，台北，新學林，2009年10月。
15. 李惠宗，教育行政法要義，台北，元照，2004年9月。
16. 李惠宗，憲法要義，台北，元照，2004年8月。
17. 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，台北，元照，2005年10月初版1刷。

18. 李震山，行政法導論，修訂7版，台北，三民，2007年9月。
19. 季美居，專家證據制度比較研究，北京大學出版，2008年。
20. 林子儀，言論自由導論，收於李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，台北，元照，2002年12月初版1刷。
21. 林子儀，權力分立與憲政發展，台北，月旦，1993年10月。
22. 林山田，刑法各罪論（下冊），作者自版，2005年9月一刷。
23. 林山田，刑法通論（上冊），增訂9版，作者自版，2005年9月一刷。
24. 林水波，公共政策新論，台北，智勝，2000年。
25. 林火旺，專業倫理與社會責任，收於法律倫理核心價值探（東吳大學法學院），台北，學林，2007年7月。
26. 林明鏘，公務員法研究(一)，台北，學林，2000年。
27. 林明鏘，歐盟行政法－德國行政法總論之變革，台北，新學林，2009年。
28. 林明鏘，營建法學研究，台北，元照，2006年11月。
29. 林明鏘、蔡茂寅，公務員法，載於翁岳生編，行政法（上），台北，元照，2006年10月3版1刷。
30. 林東茂，刑法綜覽（6版），台北，一品，2009年9月。
31. 林紀東，行政法，台北，三民，1994年。
32. 林紀東，法學緒論，台北，五南，1996年10月，初版20刷。
33. 林素鳳，日本之律師自治，收錄於我國專門職業技術人員管理法制之檢討，行政院法規會印行，2008年12月。
34. 林超駿，初論多元文化主義（multiculturalism）作為我國原住民權益保障之理論基礎，以 Will Kymlica 與其對手間之辯論為起點，收錄於法治與現代行政法學－法治斌教授論文集，台北，元照，2004年5月初版1刷。
35. 林錫堯，行政罰法，台北，元照，2005年6月。
36. 林錫堯，建構完整國家賠償體系，收於2007年行政法學會論文集，台北，元照，2007年7月。
37. 法治斌、董保城，憲法新論，台北，元照，2005年三版。

38. 柯耀程，刑法的思與辯，台北，元照，2003年。
39. 柯耀程，刑法問題評釋，台北，元照，2004年。
40. 柯耀程，通識刑法－基礎入門十六講，台北，元照，2007年。
41. 柯耀程，變動中的刑法思想，台北，元照，2001年。
42. 胡建森主編，中外行政法規分解與比較（中），北京·法律出版社，2004年。
43. 孫本初，新公共管理，台北，一品，2006年。
44. 徐有守，考銓制度（增修3版），台北，商務，2007年2月。
45. 翁岳生，台灣近年來行政法之發展，收於2000年台灣行政法學會學術研討會，台北，元照，2000年。
46. 翁岳生，法治國家之行政與司法，台北，月旦，1994年8月1版2刷。
47. 涂懷瑩，行政法原理，作者自版，1990年4月增訂。
48. 張自強、郭介恆，訴願法釋義與實務，台北，瑞興，2001年。
49. 張家洋，行政法，台北，三民，2002年。
50. 張桐銳，合作國家，載於翁岳生教授祝壽論文集，當代公法新論（中），台北，元照，2002年7月。
51. 張劍寒，行政法學之傳統研究方法，收錄於刁榮華、林紀東主編，現代行政法基本論，台北，漢林，1985年5月初版。
52. 許玉秀，公務員概念之立法定義－第十六次刑法修正檢討（第十條第二項），收錄於新修正刑法論文集（民國95年7月1日施行），司法院印行，2006年12月初版。
53. 許宗力，憲法與法治國行政，台北，元照，1999年。
54. 許宗力，雙方行政行為－以非正式協商、協定與行政契約為中心，載於新世紀經濟法制之建構與挑戰，廖義男教授祝壽論文集，台北，元照，2002年9月。
55. 許春鎮，德國專門職業技術人員管理法制，收錄於我國專門職業技術人員管理法制之檢討，行政法院會編印，台北，元照，2008年12月。
56. 陳子平，刑法總論（上），台北，元照，2006年。
57. 陳春生，行政法之學理與體系（一）－行政行為形式論，台北，三民，1996年。

58. 陳春生，論行政罰法中之共同違法，收於廖義男主編，行政罰法，台北，元照，2007年11月。
59. 陳敏，行政法總論（增訂5版），作者自版，2007年10月。
60. 陳慈陽、王毓正，二十世紀以來之法治國理念之理論發展與實踐—法治國原則在科技與風險時代下，於我國法之實踐與挑戰，載於第六屆「憲法解釋之理論與實務」暨釋憲六十週年學術研討會論文集(上)，2008年1月11日。
61. 陳愛娥，新世紀的國家賠償法制—台灣國家賠償法的修法方向與檢討；以上文章收錄於台灣行政法學會主編，國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織，2007年。
62. 陳新民，行政法學總論，修訂七版，作者自版，2006年。
63. 陳新民，憲法學釋論（修正5版），作者自版，2005年8月。
64. 陳煥生、劉秉均，刑法分則實用（2版），台北，一品，2005年9月一刷。
65. 陳聰富，因果關係與損害賠償，台北，元照，2004年。
66. 彭錦鵬，美國聯邦公務員法制概述，載於公務員基準法之研究，行政院研究考核發展委員會編印，1990年4月；
67. 湯德宗、李建良主編《2006行政管制與行政爭訟》，台北，學林，2007年1月。
68. 程明修，憲法基礎理論與國家組織，台北，新學林，2006年。
69. 黃啓禎，行政管制與行政制裁之區分與運用—以水土保持法為例，收於刑與思，林山田教授紀念論文集，台北，元照，2008年。
70. 黃俊杰，行政法，台北，三民，2005年。
71. 黃俊杰，行政罰法，台北，翰蘆，2006年3月。
72. 黃茂榮，法學方法論與現代民法，作者自版，2009年8月。
73. 黃錦堂，由德國法之發展論我國行政法院之審查密度，收於行政訴訟論文彙編（第二輯），司法院印行，1999年6月。
74. 黃錦堂，行政契約法主要適用問題研究，載於行政契約與新行政法，台灣行政法學會主編，2002年6月。
75. 楊仁壽，法學方法論，台北，三民，2005年4月10刷。

76. 楊日然，法理學，台北，三民，2005年10月初版。
77. 楊建順，日本行政法通論，中國法制出版社，1998年11月，第一版。
78. 葉百修，國家賠償之理論與實務，台北，元照，2008年5月。
79. 董保城，國家責任法，台北，神州，2004年。
80. 董保城、法治斌，憲法新論，台北，元照，2005年10月3版1刷。
81. 詹鎮榮，民榮化與管制革新，台北，元照，2005年9月。
82. 廖義男，國家賠償法，作者自版，1995年5月4刷。
83. 蔣云蔚，走下神壇，專家民事責任基本問題研究，北京，法律出版社，2008年11月
84. 蔡志方，「行政救濟與行政法學(五)」，台北，正典，2004年9月。
85. 蔡志方，行政救濟法新論，台北，元照，2001年2版。
86. 蔡志方，行政罰法釋義與運用解說，台北，三民，2006年11月。
87. 韓忠謨，法學緒論，作者自版，1984年再版。
88. 羅昌發，政府採購法與政府採購協定析論，台北，元照，2004年10月。
89. 蘇俊雄，刑法總論（I），刑法之基礎理論、架構及適用原則，作者自版，1998年。
90. 蘇永欽，部門憲法，台北，元照，2006年1月。

(二)期刊論文

1. 王文宇，法律移植的契機與挑戰－以公司法的受託、注意與忠實義務為中心，載於月旦民商法第19期，2008年3月。
2. 王光旭，都市計畫審議制度之制度分析－以台中市為例，載於行政暨政策學報，第41期，2005年12月。
3. 王金壽，獨立的司法、不獨立的法官？民主化後的司法獨立與民主監督，載於台灣社會研究季刊第67期，2007年9月。
4. 王智弘，諮商專業倫理之理論與實踐，載於台灣心理諮商資訊網，造訪日期2007.1.22，網址 <http://www.heart.net.tw>。

5. 王隆昌、李綱、蔡修毓，政府採購行為中評選委員會之定位與職責探討，載於營建管理季刊，2007 年春季號。
6. 王毓正，論環境法於科技關連下之立法困境與管制手段變遷，載於成大法學第十二期，2006 年 12 月。
7. 甘添貴，刑法公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌，92 期，2003 年 1 月。
8. 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照出版，2005 年 9 月。
9. 江嘉琪，E.T.C 契約之公私法性質爭議－以台北高等行政法院 94 年停字第 122 號裁定與 94 年訴字第 752 號判決為中心，載於台灣本土法學 81 期，2006 年 4 月。
10. 吳光明，論政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之「先調後仲」機制，法學叢刊，第 211 期，2008 年 7 月。
11. 吳志光，E.T.C 裁判與行政契約－兼論德國行政契約法制之變革方向，載於月旦法學雜誌 (NO.135)，2006 年 8 月。
12. 吳志光，教師申訴程序與訴願程序之關聯－以教師法第 33 條規定為核心，憲政時代，第 32 卷 2 期，2006 年 10 月。
13. 李建良，環境行政程序的法制與實務－以「環境影響評估法」為中心，載於月旦法學雜誌 (NO.104)，2004 年 1 月。
14. 李惠宗，公法上職務關係與公務員請領生活津貼之權利，載於考銓季刊，2008 年 7 月。
15. 李惠宗，行政法院對 B.O.T 最優申請人決定程序的審查－兼評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號 (E.T.C) 判決，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月。
16. 李惠宗，推定、擬制與法律漏洞－從法學方法論簡評大法官釋字 637 號解釋，載於台灣本土法學，第 104 期，2008 年 3 月號。
17. 李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任－台中地方法院 86 年度重國字第 3 號判決 (威爾康事件) 與釋字 469 號，台灣本土法學雜誌，11 期，2000 年

- 6 月。
18. 李震山，審判獨立，收錄於月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月。
 19. 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，載於月旦法學第 62 期，2000 年 7 月。
 20. 周桂田，獨大的科學理性與隱沒（默）的社會理性之對話－在地公眾、科學專家與國家的風險文化探討，載於台灣社會研究季刊，第 56 期，2004 年 12 月。
 21. 林三欽，大學自治與教師、學生權利之保護－大學教師升等案件行政救濟制度與實務探討，教育部訴願業務論文集，94 年 7 月。
 22. 林三欽，將「專業簽證」納入「行政管制體」後之國家責任問題，刊於月旦法學雜誌第 151 期，2007 年 12 月。
 23. 林三欽，對於建築管理事件請求國家賠償之思考脈絡－簡評最高法院九十五年字第 2049 號判決（東興大樓國賠償），載於台灣本土法學 94 期，2007 年 5 月。
 24. 林明昕，論 E.T.C 案中之行政爭訟問題，載於台灣本土法學 82 期，2006 年 5 月。
 25. 林明鏘，2002 年公法學在行政作用法上之回顧，載於台灣本土法學 51 期，2003 年 10 月。
 26. 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，載於月旦法學雜誌第 90 期，2002 年 11 月。
 27. 林明鏘，促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月。
 28. 林明鏘，教師申訴與行政規則，台灣本土法學雜誌第 13 期，89 年 8 月；
 29. 林明鏘，論建照執照之審查與簽證－技術與行政分立制度，載於月旦法學雜誌第 151 期，2007 年 12 月。
 30. 林家祺，政府採購法制變革與爭議處理機制－以德國法為例，法學叢刊，第 210 期，2008 年 4 月。
 31. 林素鳳，我國政府資訊公開法制初探，載於月旦法學雜誌第 136 期，2006

年 9 月。

32. 林雍昇，民營化下刑法公務員範圍變動之理論初探－以德國法制為借鏡，載於台灣本土法學 103 期，2008 年 2 月。
33. 林雍昇，國營事業員工是否為刑法上公務員？簡評最高法院 97 年度台上字第 3610 號判決，載於台灣法學第 133 期，2009 年 8 月 1 日。
34. 林雍昇，從德國法論公務員刑事責任之法實證分析，載於台灣本土法學第 132 期，2009 年 7 月 15 日。
35. 林雍昇，新刑法公務員概念與範圍的再商榷，載於台灣本土法學 102 期，2008 年 1 月。
36. 林雍昇，實質的刑法公務員概念－兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵，載於律師雜誌，第 316 期，2006 年 1 月。
37. 林錫堯，行政罰法上「一行為概念」初探，載於法學叢刊，第 198 期，2005 年 4 月。
38. 林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），載於台灣本土法學 77 期，2005 年 12 月。
39. 邱琦，德國參審制度制度簡介－以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法周刊第 1275 期，2006 年 2 月 23 日。
40. 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討－貪污治罪條例與刑法相關規定之適用與競合，月旦法學雜誌，第 94 期，2003 年 3 月。
41. 洪家殷，2002 年實務見解回顧（91 年度行政法院裁判之檢討－行政秩序罰部分），載於台灣本土法學 51 期，2003 年 10 月。
42. 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上），載於萬國法律第 129 期，2003 年。
43. 張麗卿，客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響－兼評最高法院 96 年度台上字第 5992 號判決，載於法學新論第 13 期，2009 年 8 月。
44. 張文郁，我國現行預防接種受害救濟制度之簡評，載於醫療品質雜誌第 3 卷第 5 期，2009 年 9 月。
45. 張桐銳，從「判斷餘地」理論談司法審查之界限，載於憲政時代，第 20 卷

- 3 期，1995 年 1 月。
46. 張特生，司法倫理的理論與實踐，載於司法周刊 1363 期，2007 年 11 月 8 日。
 47. 梁政學，論教師申訴制度一級制之可行性－從現行制度運作之缺失以觀，法令月刊，第 60 卷第 1 期，2009 年 1 月。
 48. 許玉秀，公務員概念之適用問題－適用第 16 次修正刑法之實務研究，載於法官協會雜誌，第 8 期第 2 卷，2006 年 12 月。
 49. 許惠佑，兩岸國民參與司法之研析，載於法官協會雜誌第 8 期第 2 卷，2006 年 12 月。
 50. 陳運財，國民參與刑事審判之研究－兼評日本裁決員制度，載於月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月。
 51. 陳英鈴，行政法院作為行政程序的守護神－評台北高等行政法院對 E.T.C 案裁判，月旦法學雜誌，132 期，2006 年 5 月。
 52. 陳愛娥，行政任務取向的行政組織法－重新建構行政組織法的考量觀點，載於月旦法學教室，第 5 期，2003 年 3 月。
 53. 陳愛娥，法律原則之具體化與權限分配秩序－評最高行政法院 95 判字 1239 號判決，載於月旦法學 (NO.138)，2006 年 11 月。
 54. 陳愛娥，教師申訴制度之法律定位－以檢討教師法第 33 條規定為中心，教師權益之多元救濟途學術研究暨實務研討會論文，96 年 11 月 5 日。
 55. 彭文賢，委員會的設計與功能，載於中興大學（原台北大學）行政學報，第 19 期，1987 年 6 月。
 56. 曾淑惠，評鑑專業化的概念與發展對我國教育評鑑專業化的啓示，載於教育研究與發展期刊第二卷第三期，2006 年 9 月。
 57. 曾淑瑜，妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？載於台灣本土法學 91 期，2007 年 2 月。
 58. 湯堯，台灣高等教育評鑑制度的實務，載於教育政策論壇 10 卷 4 期，2007 年 11 月。
 59. 湯德宗，資訊公開暨資訊隱私法案例研究（2006/11～2007/10），載於《2007

- 行政管制與行政爭訟》，黃舒芃主編，2008年11月。
60. 程明修，行政訴訟類型之適用，台灣本土法學雜誌，81期，2006年4月。
 61. 黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討－以行政調解制度為中心（上），政大法學評論，第89期，2006年2月。
 62. 黃俊杰，大學評鑑之性質，載於月旦法學教室第73期，2008年11月。
 63. 黃啓禎，干涉行政法上責任人之探討，載於當代公法新論（中）；翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，台北，元照，2002年。
 64. 黃啓禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督－簡評台中地方法院 90 重國字第 5 號判決，台灣本土法學 84 期，2006 年 7 月。
 65. 黃舒芃，我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對行政民主正當性概念的詮釋為借鏡，載於憲政時代，第 25 卷第 2 期，1999 年 10 月。
 66. 黃瑞明，「職業倫理規範法律地位之探討」律師通訊 207 期，1996 年 12 月。
 67. 黃榮堅，刑法上個別公務員概念，載於台大法學論叢第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月。
 68. 黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分－評最高法院 97 年度台上字第 4813 號等判決，刊於月旦法學第 172 期，2009 年 9 月。
 69. 黃錦堂，大法官釋字第 645 號解釋評論，台灣本土法學第 109 期，2008 年 8 月。
 70. 黃錦堂，行政契約法主要適用問題研究，載於行政契約與新行政法，台灣行政法學會主編，2002 年 6 月。
 71. 楊隆順，專家參與試行條例草案初探，載於司法週刊 1275 期，司法文選別冊，2006 年 2 月 23 日。
 72. 葉匡時，期待專業菁英引領台灣的專業精神，載於天下雜誌 348 期，2006 年 6 月 7 日。
 73. 董保城，台灣行政組織變革之發展與法制面之挑戰，收於 2007 年台灣行政法學術研討會論文集「國家賠償與徵收補償、公共任務與行政組織」，2007 年 7 月，元照。

74. 董保城，行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究，載於台灣本土法學第 51 期，2003 年 10 月。
75. 劉連煜，董事責任與經營判斷法則，載於月旦民商法第 17 期，2007 年 9 月。
76. 劉燕，專家責任若干基本概念的質疑，載於比較法研究（大陸）第 5 期，2005 年。
77. 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，載於月旦法學雜誌（NO137），2006 年 10 月。
78. 賴芳玉，談專家證人，載於律師雜誌，253 期，89 年 10 月。
79. 顏玉明，我國促參法 B.O.T 契約法律性質初探，台灣本土法學雜誌，82 期，2006 年 5 月。
80. 顏玉明，從英國工程專業法院之發展談我國專業審理機制之現狀與期許，載於月旦法學雜誌（NO177），2010 年 2 月。
81. 蘇苗罕，行政法視野中的規劃諮詢委員會問題研究，載於羅豪才主編，大陸行政法論叢第 10 卷，2007 年 12 月。
82. 蘇麗滿，美國專家證言的證據能力的案例發展，載於刑事法雜誌第 49 卷第 3 期，2005 年 6 月。
83. 顧忠華，「風險社會」的概念及其理論意涵，政治大學學報第 69 期，1994 年。

(三)譯著

1. Hellmut Wollman & Eckhard Schröter 編，Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany-key traditions and trends of modernisation（比較英德公共部門的改革－主要傳統與現代化的趨勢），王鋒、林震、方琳譯，比較英德公共部門的改革－主要傳統與現代化的趨勢，北京大學出版社，2004 年 11 月。
2. Jan Ziekow 著，詹鎮榮譯，從德國憲法與行政法觀點論公私協力－挑戰與發展，載於月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月。
3. Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南，2008 年 6 月。
4. Michael Barzelay，Breakig Jhrough Bureaucracy、A New Vision for managing in

- government；孔憲遂、王磊、劉忠慧譯，突破官僚制、政府管理的新願景，大陸，人民大學出版社，2002年11月第1版。
5. Michale P. Seng，蔡惠如譯，法官倫理－司法獨立與專業之關鍵，載於司法周刊司法文選別冊，第1366期，96年11月29日。
 6. Peter Leyland & Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law (5th edition)，楊偉東譯，英國行政法教科書，北京大學出版，2007年7月。
 7. Qwen E. Hughes, Public Management and Administration，林鐘沂、林文斌譯，公共管理的世界，韋伯文化（Weber），2003年。
 8. Roif Stoter 著，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，中國政法大學出版，1999年。
 9. 大前研一著，呂美女譯，專業（The Professionalism）－你的唯一生存之道，天下，2006年第一版第10次印行。
 10. 大塚仁，刑法概說（各論）第3版；馮軍譯，中國人民出版社，2003年。
 11. 前田雅英著，董璠輿譯，日本刑法各論，台北，五南，2000年5月初版1刷。
 12. 美濃部達吉著，黃馮明譯，公法與私法，台灣商務印書館，1987年5月。
 13. 米丸恒治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力－私人行使行政權及其法之統治，載於月旦法學雜誌第173期，2009年9月。

（四）學位論文

1. 李仲軒，以風險預防為核心之科技立法，國立台灣大學法律研究所碩士論文，（2007）。
2. 候寬仁，「最近修正刑法上公務員概念之探討」輔仁大學法律研究所碩士論文（2006）。
3. 盛子龍撰「行政法不確定法律概念具體化之司法審查密度」，國立台灣大學法律研究所博士論文（1998）。
4. 許永煌撰，美日行政委員會之研究，國立中興大學（現台北大學）法律研究所碩士論文（1990）。

5. 郭宏彬，「專利爭端中之鑑定與專家使用之研究」國立法華大學科技法律研究所碩士論文（2006）。
6. 陳志華，內政、財政、經濟、交通四部專設委員會的組織與運作，1987 年台灣大學政治所博士論文（1987）。
7. 陳錦芳，環境影響評估決定正當性與公信力強化之研究－以環境影響評估委員會運作為核心，國立政治大學法律系碩士班學士後法學組碩士論文（2004）。
8. 黃振成，行政機關中委員會的功能及其運用之研究，1977 年政治大學公共行政研究所碩士論文（1977）。
9. 盧柏岑，私人參與組成的行政委員會，國立台灣大學法律研究所碩士論文（1995）。
10. 藍健誠，合議制行政組織類型與成員建制之研究－以高雄市政府為例，中山大學政治學研究所碩士論文（2000）。

(五)政府研究計畫

1. 林子儀主持研究，行政檢查業務委託民間辦理法制之研究，1998 年 2 月，行政院研考會委託研究。
2. 許慶復主持，陳志華、黃錦堂協同主持，行政委員會組織與功能之研究；行政院研考會委託研究，1994 年 2 月。
3. 陳敦源主持，全民健康保險監理會未來運作機制規畫之研究，行政院衛生署全民健保監理委員會委託計畫研究案，2006 年 12 月。
4. 陳愛娥主持，行政契約之研究－以代替行政處分之行政契約與委託行使公權力之行政契約為探討對象，法務部 92 年度委託研究計劃，法務部編印，2003 年 12 月 8 日。
5. 劉宗德主持，政府業務委託民間辦理類型及程序之研究，行政院經建會委研究，2000 年 4 月。

二、英文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）

(一) Books

1. A.W.Bradley and K.D.Ewing,Constitutional and Administrative Law (12th Edition) , (1998) 。
2. A.W.Bradley & K.D.Ewing,Constitutional and Administrative Law (Twelfth Edition) (Longman England) 1998.
3. Asha gupta,Beyond Privatization, (New York U.S) 2000.
4. Bradley and Ewing,Constitutional and Administrative Law 12th Edition, (1997) 。
5. David stott & Alexandra Felix,Principles of Administrative Law (Cavendish,London England) 1997.
6. Denis Keenan,Smith and Keenan's,English Law (Text and Cases) 15th Edition , (2007 年) 。
7. E.S.Savas,Privatization and Public-Private Partnerships. (New York U.S) 2000.
8. Edited by Pauline Vaillancourt Rosenau Public-Private Policy Partnerships (London England) 2000.
9. Gina Clayton,Immigration and Asylum Law (3th Edition) (2008) 。
10. H.W.R Wade & C.F Forsyth,Administrative Law , Oxford (2004) 。
11. H.W.R.Wade & C.F.Forsyth.Administrative Law (Ninth Edition) 2004.
12. Jackson & Powell , Professional Negligence , Sweet & Maxwell (1992) 。
13. K.G Wheare,F.B.A Government by Committee-An Essay on The British Constitution (1955 Oxford) 。
14. L.Neville Brown and John S.Bell.French Administrative Law (Qxford England) 2003.
15. P.P.Craig.Administrative Law (Sweet & Maxwell England) 1999.
16. Peter Cane Adminstrative Law (Fourth Edition) , Oxford University Press. (2004)

17. Peter Cane. *Administrative Law* (Fourth Edition) Oxford England 2004.
18. Peter Leyland & Terry Woods, *Administrative Law* (Blackstone England) 1999.
19. Peter Leyland & Gordon Anthony, *Administrative Law*, (2009)。
20. Peter Leyland & Gordon Anthony. *Text book on Administrative Law*, Oxford (2009)。
21. Peter Leyland & Terry Woods, *Textbook on Administrative Law* (3th Edition), (1999)。
22. Phil Harris. *An Introduction to Law* (fifth edition) .Buterworths (London England) 1997.
23. Pross, Paul A (1986) *Group Politics and Public Policy* (Toronto : Oxford University Press)。
24. Qwen E. Hughes. *Public Management and Administration-An Introduction* (Second Edition) (England) 1998.
25. R.M. Jackson & J.L Powell, *Professional Negligence*, 1994, Sweet & Maxwell (U.K)。
26. Richard.A. Chapman, *The Rule of commissions in policy making*, George Allen & Unwin 1973 (U.K)。
27. Stephen Taylor. *Astra Emir, Employment Law-An Introduction*, (2007)。
28. Taylor & Emir, *Employment Law*, (2006)。
29. *Transformin Public Services : Complaints, Redress and Tribunals*, (2004)。
30. Young-Chool Choi. *The Dynamics of Public Service contracting-The British experience*. (England) 1999.

(二) Journal

1. Bertelli, Anthony M., 2005, "Governing the Quango: An Auditing and Cheating Model of Quasi-Governmental Authorities," *JPART*, 16:239-261.
2. Bertelli, Anthony M., 2006, "Delegating to the Quango: Ex Ante and Ex Post Ministerial Constraints," *Governance*, 19(2):229-249.

3. Christensen, Tom and Per Laegreid, 2004, "Governmental Autonomisation and Control: the Norwegian," *Public Administration and Development*, Dev.24:129-135.
4. Coel, Michael, 2006, "Asymmetrical Public Accountability: the National Assembly for Wales, Questions and Quangos," *the Political Quarterly*, 77(1):98-106."
5. Dohler, Marian, 2002, "Institutional Choice and Bureaucratic Autonomy in Germany," *West European Politics*, 25(1):101-124.
6. Greve, Carsten et al., 1999, "Quangos-What's Name? Defining Quangos from a Comparative Perspective," *Governance*, 12(2):129-146.
7. Hallgan, John, 2004, "The Qusai-Autonomous Environment: the Centrelink Case," *Public Administration and Development*, Dev.24:147-156.
8. Joanne Sobeck, 2003, "Comparing Policy Process Frameworks What Do They Tell Us About Group Membership and Participation for Policy Development?" *Administration and Society*, Vol.35 No.3, 350-374.
9. K.H.Hendry, "The Tasks of Tribunals: Some Thoughts" (1982) *Civil Justice Quarterly* 253.
10. Shapiro, Martin, 2002, "Judicial Delegation Doctrines: The US, Britain, and France," *West European Politics*, 25(1):173-199.
11. Tallberg, Jonas, 2002, "Delegation to Supranational Institutions: Why, How, and with What Consequences," *West European Politics*, 25(1):23-26.
12. Tesilkagit, Kutsal, 2004, "The Design of Public Agencies: Overcoming Agency Costs and Commitment Programs," *Public Administration and Development*, Dev.24:119-127.
13. Thatcher, Mark & Alec Stone Sweet, 2002, "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions," *West European Politics*, 25(1):1-22.
14. Thiel, Sandra van, 2004, "Trends in the Public Sector: Why Politicians Prefer Qusai-Autonomous Organizations," *Journal of Theoretical Politics*, 16(2): 175-201.

15. Thynne, Ian and Roger Wettenhall, 2004, "Public Management and Organizational Autonomy: the Continuing Relevance of Significant Earlier Knowledge," *International Review of Administrative Science*, 70(4):609-621.
16. Verhoest, Koen et al., 2006, "The Study of Organizational Autonomy: a Conceptual Review," *Public Administration and Development*, Dev. 26:101-118.

(三) Others

1. Section 5 of the Criminal Injuries Compensation Act 1995。
2. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007。
3. Transforming Tribunals — Implementing of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 — The Government's Response (Published on 19 May 2007)
4. Transforming Public Service: Complaints Redress and Tribunals (2004) U.K. White。
5. Tribunals and Inquiries Act 1992。
6. United Nations Convention against Corruption Preamble Article。

三、日文資料（依作者姓氏筆劃順序排列）

(一) 書籍、專論

1. データブック，日本の行政 2009，財團法人行政管理センター出版，2008年12月發行。
2. 大谷實，刑法各論第3版，成文堂，平成20年2月10日（2008年）。
3. 大谷實，刑法講義總論（新版第2版），成文堂，2007年。
4. 大越義久，刑法各論，第三版，有斐閣，2007年3月。
5. 大塚仁，刑法概論〔各論〕第三版增補版，有斐閣，2005年12月。
6. 大橋真由美，行政紛争處理の現代的構造，弘文堂，2005年。
7. 小林徹，司法制度改革概説で，裁判外紛争解決促進法，商事法務株式会社，初版第1刷，2005年10月。

8. 山口厚，刑法各論第3版，有斐閣，2005年。
9. 山中敬一，刑法各論Ⅱ，成文堂，2004年9月20日。
10. 川井健，専門家の責任，日本評論社，1993年12月10日。
11. 中山研一，口述刑法各論，成文堂，2008年。
12. 伊藤正次，日本型行政委員會制度の形成－組織と制度の行政史，東京大學出版會，2003年7月18日。
13. 宇賀克也，行政法概説Ⅱ－行政救濟法，有斐閣，2009年4月。
14. 西田典之，刑法各論第4版，弘文堂，平成20年4月30日（2008年）。
15. 佐藤英善 編，逐條國家賠償法〔實務判例〕，三協法規，平成20年3月。
16. 和田英夫，行政委員會と行政争訟制度，弘文堂，昭和60年。
17. 林幹人，刑法各論，東京大學出版會，2003年4月25日。
18. 板倉宏，刑法各論，勁草書房，2004年6月10日第1版1刷。
19. 芝池義一著，行政法總論講義，有斐閣第4版，2005年3月20日。
20. 長野秀幸、川崎政司，行政法がわかった，改正第3版，法學書院，2003年。
21. 南博方，行政法，有斐閣，2009年6版3刷。
22. 室井力，芝池義一，澳川清編著，行政事件訴訟法、國家賠償法，有斐閣，2003年。
23. 室井力編，新現代行政法入門（2）－行政組織法，主要な行政領域－法律文化社，2004年5月10日，初版第一刷發行。
24. 高木光著，技術基準と行政手続，弘文堂，平成7年3月30日，初版一刷發行。
25. 晴山一穂著，行政法の變容と行政の公共性，法律文化社，2004年2月20日，初版第一刷發行。
26. 曾根威彦，刑法各論，第三版補正二版，弘文堂，平成17年4月15日（2005年）。
27. 森田朗，會議の政治學，慈學書選，2005年。

28. 磯部力、小早川光 郎、芝池義一編，行政法の新構想Ⅲ，有斐閣，2008年。
29. 藤田宙靖（Fujita Tokiyasu）行政組織法，有斐閣，2005年11月10日，初版第1刷發行。
30. 亘理格著，公益と行政裁量－行政訴訟の日仏比較，弘文堂，平成14年5月30日，初版一刷發行。
31. 塩野宏，行政法Ⅱ〔第四版〕，行政救濟法，有斐閣，2008年6月。
32. 塩野宏，行政法Ⅲ，行政組織法〔第三版〕，2008年，有斐閣。

(二)期刊

1. 一家綱邦，医をめある倫理委員會－病院内倫理委員會を中心として，刊於早稻田法學會誌第55卷，2005年。
2. 西川明子，審議會・私的諮問機關の現状と論點，載於レファレンス，2007年5月（平成19年5月）。
3. 金子正史，審議會行政論，刊於現代行政法大系第7卷，有斐閣，昭和60年6月30日，初版一刷。
4. 高橋滋，公務員制度改革と公法系教育，收日本公法學會公法研究第六十八號，有斐閣2006年。