論公法上合同行為之可爭訟性
－以公立大學校長遴選事件為例－

中

文／陳文貴

（文接上期）

但新任公立大學校長之產生及續聘投票結果，與公平交易委員會之審議或審核結果，雖同屬行政合同行為，但其明顯具有訟爭性，已足以影響參與競爭之特定候選人的法律上權利或利益。因為，如果待該投票或決議結果報由教育部或各該所屬地方政府聘任後，聘任書最大程度上亦僅對該受聘任者發生行政處分之效力，而且聘任之事實既然也已經發生效力，其他參與競爭但未獲遴選為校長之候選人，對此顯然已無從再予爭執。因為，其他未獲遴選為校長之特定候選人，並未獲得任何具體的行政處分，自無從據以提起爭訟。因此，若該校長遴選委員會組織不合法、違反公開遴選規定、候選人資格不合法、遴選委員有應迴避而未迴避等程序不合法事項，類此程序違法事項，若僅因其性質係屬行政合同行為而不能救濟，顯然對於已參與競爭之利害關係人，對預期被遴選為校長之權利造成損害，而應認已具有訟爭性。否則若僅因其性質係屬行政合同行為，單純從其外觀上判斷，而認為類此行政合同行為，不屬於行政程序法第 92 條第 1 項所定義之行政處分，而係事實行為[11]，並進而否定得對於此種行政合同行為提起撤銷之訴救濟之可能性，即可能不符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。

肆 行政合同行為之救濟可能性

一、訴訟權保障不足

憲法第 16 條規定，人民之訴訟權應予保障，旨在確保人民於其權利受侵害時，得依法定程序提起訴訟並受公平審判，以獲得適當之救濟。雖然具體案件之訴訟，究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，立法機關得衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計[12]。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。然不論立法機關最後選擇將特定事件定性為私法關係所生之爭議或公法關係所生之爭議，法律上權利受影響當事人之訴訟權，國家最終必須提供其訴訟救濟之途徑，否則就與憲法第 16 條所定人民訴訟權保障之意旨有所違背，構成憲法訴訟權保障不足。

民事合同行為具有訟爭性，可為民事訴訟之訴訟標的，早為民法及民事訴訟法制所肯認。例如民法第 56 條第 1 項規定：「總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限。」總會之決議即係民事合同行為，其決議依同法第 52 條第 1 項之規定，總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。同條第 4 項規定：「社員對於總會決議事項，因自身利害關係而有損害社團利益之虞時，該社員不得加入表決，亦不得代理他人行使表決權。」又社團變更章程之決議，依同法第 53 條之規定「應有全體社員過半數之出席，出席社員四分三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。」若上開決議程序或方法，違反法令或章程出席社員未達過半數而作成決議、社員因自身利害關係而有損害社團利益之虞未迴避而仍加入表決或代理他人行使表決權等，除出席社員對召集程序或決議方法，未當場表示異議者外，認其權利受影響之社員均得於決議後 3 個月內訴請法院撤銷其決議。民事合同行為具可爭訟性，亦為其他法律所明定，如公司法第 189 條即明文規定，股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起 30 日內，訴請法院撤銷其決議。只是實務見解採限縮解釋，認為股份有限公司之股東，依公司法第 189 條規定訴請撤銷股東會之決議，仍應受民法第 56 條第 1 項但書之限制，如已出席股東會而其對於股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，不得為之而已[13]。惟此種見解，係增加法律所無之限制，顯然係非依法律限制人民受憲法第 16 條保障之訴訟權，亦可能與憲法第 23 條所定之法律保留原則有違，有高度之違憲疑慮，惟此一問題不在本文所欲探究之範圍，僅簡要附帶說明如上。

合同事件屬於私法關係所生之爭議者，現行法有民法及民事訴訟途徑可獲得訴訟權之保障，然合同事件如屬於公法關係所生之爭議者，如上開臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1479 號裁定乙案，是原告向普通民事法院起訴，聲明請求確認投票結果無效或應予撤銷，經民事法院以其事件係屬因公法關係所生之爭議，應提起行政訴訟，由行政法院審判之，普通法院並無審理之權限，而依民事訴訟法第 31 條之 2 第 2 項之規定，移送臺北高等行政法院後，經臺北高等行政法院以公法上合同行為因不具行政機關、公權力、單方性、個別性及法效性等構成行政處分概念之特徵，並非行政處分，不得為撤銷訴訟或確認之訴之標的，而裁定駁回[14]。在此一見解之下，同屬法律上爭議之合同行為，若被定性為係屬行政合同行為者，不論該公法上的合同行為是否損害利害關係人之權利或法律上之利益，一概不得提起行政爭訟，亦即無救濟途徑之可言。很明顯的在公法領域訴訟權的保障，倘若堅守傳統行政處分的概念性定義，就會出現嚴重的訴訟權國家保護不足問題。

二、建立準行政處分之概念

傳統行政處分之概念係以行政處分乃行政機關所為，以意思表示為要素之民法上法律行為[15]，其意思表示與民法上之意思表示除主體不同外，最主要的差別係在於相對人是否受其拘束而已。在民法上之意思表示，依民法第 86 條之規定，表意人原則上受其拘束，但行政機關所為意思表示之行政處分，則係相對人受其拘束。同屬於意思表示之法律行為，不論私法上所為意思表示的法律行為或公法上所為意思表示的法律行為，皆可區分為單方法律行為、雙方法律行為及合同行為。公法上的單方法律行為如行政處分，雙方法律行為如行政契約，合同行為如本文所論述的公立大學校長遴選事件，與民法上所為的意思表示行為，概念一致、血脈同源。私法上的合同行為，法律制度上賦予其權利受影響的利害關係人有訴請法院救濟之訴訟權保障，但合同行為遁入公法領域後，如果墨守傳統行政爭訟理論，在「無行政處分即無法律救濟」之原則下，行政合同行為勢將無法經由行政爭訟制度而獲得合法性之監督，儼然是行政行為中可迴避司法審查的一塊暗黑森林領域，亦不符憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨。

關於行政合同行為得尋求行政訴訟救濟之概念，法理上並非完全無可資參考之制度。例如設置於各級主管機關及專科以上學校之「教師申訴評議委員會」，其評議之決定依教師法第 29 條第 2 項規定授權訂定之「教師申訴評議委員會組織及評議準則」第 31 條第 1 項規定：「申評會委員應親自出席委員會議，經委員總數二分之一以上出席，始得開議；評議決定應經出席委員三分之二以上之同意行之；其他事項之決議以出席委員過半數之同意行之。」公立學校所設置教師申訴評議委員會所為之評議決定，即屬典型的行政合同行為，依教師法第 33 條之規定，除教師不願申訴而對學校之行政處分逕行提起行政訴訟外，教師提起申訴後，如不服申訴、再申訴決定者，其性質係屬行政處分者，亦得提起行政訴訟請求救濟。同理，各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，司法院釋字第 462 號解釋亦肯認此種經由合議制委員會所作成之單方決定，亦屬訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受評審之教師於依教師法或訴願法用盡行政救濟途徑後，仍有不服者，自得依法提起行政訴訟，以符憲法保障人民

（文轉三版）

註釋

11 臺北高等行政法院 106 年度訴字第 644 號裁定：查被告清大 106 年 3 月 15 日「校長續任投票之結果」，並非被告等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，核非行政處分，而為事實。

12 司法院釋字第 533 號解釋意旨參照。

13 最高法院 75 年台上字第 594 號民事判例參照。

14 本案最高行政法院 107 年度裁字第 2002 號裁定，雖未論及其法律性質，但亦從程序上予以駁回抗告，似亦認同原審裁定之見解。

15 吳庚，行政法之理論與實用，頁 293，三民書局股份有限公司，增訂十三版（2015）。

16 司法院釋字第 462 號解釋參照。

17 法務部 2011 年 7 月 4 日法律字第 1000015676 函釋亦謂：參照大學法第 9 條及相關實務見解，由教育部或各該所屬

法源法律網 www.lawbase.com.tw 論文寫作指導 創造最高典藏與行銷價值 權利金回饋實收金額7.5% 法源 服務 TEL:02-2 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

訴訟權之意旨[16]。

基於上述同一法理，新任公立大學校長之產生及續聘投票結果，係法律在特定範圍內授予「校長遴選委員會」公權力之行使[17]，其投票結果之決定，係屬單方、就特定之具體事項所為公權力之意思表示，已經發生對於候選人被遴選為校長之身分資格有重大之影響，其被遴選為校長者，最終會由教育部或各該所屬地方政府聘任之。這種教育部或各該所屬地方政府聘任前的遴選投票結果，對其他未獲遴選為校長之候選人之身分資格自有重大影響，本文認為應與上開教師評審委員會關於教師升等評審之權限行使相同，應認為係屬「準行政處分」之概念；法制上也與公職人員選舉罷免法第 118 條所定之選舉或罷免無效之訴、第 120 條所定當選無效之訴、第 121 條當選無效之訴之法理相同，其他未獲投票結果遴選為校長之人，應得對此種準行政處分之行政合同行為提起撤銷訴訟，以謀救濟，而非待最終教育部或各該所屬地方政府依遴選結果聘任後，始認為係屬行政處分，否則其他候選人既非受聘任之相對人，自無獲得行政處分而得據以提起行政救濟之可能性。

三、提起撤銷訴訟之法理

行政訴訟係一種基於實體上法律關係保護的權利救濟請求權，其目的乃在謀實體權利之保障，故而其訴訟標的不應該拘泥於訴訟程序之觀點[18]。否則若仍執囿於訴訟程序之觀點，以撤銷訴訟必須以訴願前置為原則，或法律有特別規定者為限始得提起，那麼在否定行政合同行為係屬行政處分的概念之下，利害關係人根本無從提起訴願並進而提起撤銷訴訟；在否定行政合同行為係屬行政處分的概念之下，法律如本文所論述公立大學校長之產生及續聘投票結果，又未明確賦予利害關係人，得逕行向行政法院提起撤銷訴訟之權利，即與行政訴訟法第 2 條所宣示，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟所確立行政訴訟制度之目的，係在透過合法性控制的司法審查制度，以保障人民權利的概括權利保障意旨相違。

基於上述觀點，行政訴訟法第 2 條立法當時司法院修正草案條文說明三謂：「本條係有關行政訴訟審判權之概括規定，至於公法爭議之具體訴訟上，仍須具備本法所定各種訴訟之要件，始得提起。」云云，顯然與同條立法理由二所宣示：人民之訴訟權為憲法所保障，私權爭執，得提起民事訴訟；公法上爭議，除法律另有規定，應依其他訴訟程序救濟，例如公職人員選舉罷免訴訟、國家賠償訴訟、違反道路交通管理處罰條例等事件外，得依本法提起行政訴訟，庶符有權利即有救濟之原則，兩相違背。蓋以，依此條立法理由所宣示之意旨，公法上爭議之具體訴訟，既然仍須具備行政訴訟法所定各種訴訟之要件，始得提起，而其他法律就公法上爭議已經別有其訴訟程序之規定者，本即有其救濟途徑可循，那麼法律未規定的其他公法上之爭議，必屬不合於行政訴訟法所定各種訴訟之要件者，然不合於行政訴訟法所定各種訴訟之要件者，又不得提起行政訴訟，那麼本條所宣示的概括權利保護意旨，顯然是一種空洞性的宣示。因此，行政訴訟法第 2 條之立法理由三，應認為係一種立法論述上矛盾的違誤。新任公立大學校長之產生及續聘投票結果，係一種具有公法上爭議的行政合同行為，法律既未特別規定其救濟程序，則依行政訴訟法第 2 條之立法意旨，自應得提起行政訴訟，且因法律未對於此種投票結果設有特別救濟途徑，自亦不以經訴願程序未獲救濟之結果為必要。

事實上合議制委員會之決定即屬於行政合同行為，乃「準行政處分」，但雖非處分之當事人，惟其利害關係人亦得對之逕行提起撤銷訴訟者，現行法制上亦已行之有年。如依行政訴訟法第 4 條第 3 項之規定：「訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」該訴願決定文義上亦非屬行政程序法第 92 條所定義之行政處分，法理上乃屬本文上述所指行政合同行為之「準行政處分[19]」，利害關係人亦得逕行提起撤銷訴訟，不以經訴願程序為必要。同此法理，新任公立大學校長之產生及續聘投票結果，既係一種合議制決定之行政合同行為，雖非行政程序法第 92 條所定義之行政處分，然其合同決定如已損害利害關係人之權利或法律上之利益者，應得類推適用訴願法第 14 條第 1 項、第 2 項、第 90 條及行政訴訟法第 4 條第 3 項之規定，利害關係人自知悉遴選結果之次日起 2 個月內，得逕行向行政法院提起撤銷訴訟，因該遴選結果致損害其他候選人之權利或法律上之利益者，應認為係一種具第三效力之準行政處分，不以經訴願前置為必要。

四、兼論大學之範圍

（一）爭議緣起

2017 年發生，前後歷經 3 任教育部長仍未能妥適解決的「國立臺灣大學校長遴選事件」，在臺灣大學校方於 2017 年 6 月 24 日召開臨時校務會議啟動校長遴選機制，由 173 名校務會議代表選出 18 席遴選委員與教育部指派的 3 名遴選委員組成遴選委員會，並在 2018 年 1 月臺大校長遴選會選出由管中閔擔任校長後，教育部於 4 月 27 日認為管中閔參選時未揭露與遴選委員蔡明興間之薪酬關係，不但違法兼職，還造成「蔡董投管董」的嚴重瑕疵，有經濟和法律上重大利益未迴避的適法性疑慮，臺大也未善盡查核不適格候選人之責，形成對其他被推薦人的偏頗與不公平競爭，違反「正當行政程序原則」，多次經教育部決定不予聘任，要求全案回到遴選委員會對校長候選人資格進行檢視審查的階段；2018 年 9 月 12 日，歷經此案的第 3 任教育部長葉俊榮，更要求臺大遴選會至少回到 1 月 5 日的會議議程，開會前須先議決遴選委員蔡明興是否須迴避或解除職務，再從臺大校務會議推薦的 5 位候選人（含管中閔在內）開始依法進行遴選，就決定的結果報請教育部聘任等情，即有明顯予人以行政權之方式，片面推翻遴選委員會決議而違反大學法第 9 條立法意旨之疑慮。雖然最終葉部長尚能檢討體察大學自治的精神，依法發聘管中閔為臺大校長，並因此請辭下台。昔人維護大學自治精神之典範永存，值得讚許，惟此一事件暫時落幕後，此種行政合同行為之救濟問題，尚未能撥雲見日，仍必須從大學自治與行政合同行為之救濟，兩方面來加以檢討，以供將來立法與司法實務參考。

（二）大學法第 9 條與比較法觀點

我國大學是否享有自治權或自主權，憲法並未明文規定，僅於第 11 條本文規定：人民有言論、講學、著作及出版之自由。但大學法第 1 條第 2 項則明文規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」惟上開大學法關於大學享有自治權之規定，僅屬「法律層面之制度性保障」，而非「憲法層面之制度性保障」，司法實務上係透過對憲法第 11 條關於講學自由之制度性保障規定加以詮釋，認為憲法第 11 條關於講學自由之規定，以保障學術自由為目的，學術自由之保障，應自大學組織及其他建制方面，加以確保，亦即為制度性之保障。為保障大學之學術自由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由[20]，可見大學自治與學術自由，兩者相牽連，有唇亡齒寒之關係，甚為明確。

大學自治與學術自由密切相關，但形成了不同的概念。前者是一個機構權威（an institutional authority）； 後者則是學術界的個人特權，以保障不受約束的追求（to safeguard unfettered pursuit），和傳播真理與知識[21]。大學是一個專業且複雜的專業組織，因此每所大學都需要相當多的自主權（a fair amount of autonomy）[22]，但傳統上關於大學自治之範疇為何，是否包括大學校長之選任，在我國法制上較少見討論，司法實務上亦僅肯認國家對於大學之監督，依憲法第 162 條規定，應以法律為之，惟仍應符合大學自治之原則。因此，立法機關不得任意以法律強制大學設置特定之單位，致侵害大學之內部組織自主權；行政機關亦不得以命令干預大學教學之內容及課程之訂定，而妨礙教學、研究之自由，立法及行政措施之規範密度，於大學自治範圍內，均應受適度之限制[23]。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官、玄奘大學法律系兼任副教授）

註釋

地方政府與大學共同組成公立大學校長遴選委員會辦理校長遴聘事項，係本於法律授與職權為之，應屬公權力之行使，有行政程序法之適用。同部 2016 年 4 月 26 日法律字第 10503506610 號函亦重申：國立大學各學院為推選各該學院校長遴選委員會委員教師代表，所辦理之票選作業，屬公權力行使，如其屬對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為，則有行政程序法第 32 條關於迴避相關規定適用。

18 李惠宗，行政法要義，頁 658，元照出版有限公司，七版（2016）。

19 學說亦有認為訴願決定性質上亦為行政處分之一種者，參照吳庚，行政爭訟法論，頁 166，元照出版有限公司，修訂第七版（2014）。

20 司法院釋字第 380 號解釋理由書參照。

21 Kemal Gürüz, University Autonomy and Academic Freedom: A Historical Perspective, 63 Number Spring. International Higher Education, 13(2011).

22 Sijbolt Noorda, Academic Autonomy as a Lifelong Learning Process for Universities, No. 4 Volume Leadership and Governance in Higher Education, 9 (2013).

23 司法院釋字第 563 號解釋文參照。

法律網 ank.com.tw 論著投稿 非專屬授權 權利金回饋實務 銷售金額2.5% 原資訊 專線 509-3536 WEEKLY 周刊 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 幣400元 訂閱