



## 自序

當我在寫這一部行政法新論的時候，所感受最深切的印象就是公法已經走上一條新的途徑，但像我國的吏治素來是官僚化的，現在却革命了，很蔘生地去擔任這新社會的建設，將怎樣完成這重要的使命呢？行政法是要根據着社會的公共利益以支配私人利益；行政法發達的結果將使公法和私法消滅其顯著的界限；在這種趨勢之下，假使行政官吏不受法律的訓練，任意地蹂躪人權；那末，私人利益固然是被犧牲了，公共利益却仍舊是鏡花水月。所以一國要有完備的行政法——尤其是現代的國家——行政官吏要有守法的精神。現代的國家原是治事的，不是治人的；行政法也就是治事的法，不是治人的法。從來行政法上開始所研究的無非是些國家的權力，命令和處分，官制官規，行政監督，行政訴訟，公共團體等類；現在却覺得這並不是行政法上的主要部分。不過呢，在我所寫的還是關於行政法的基礎智識，那就也無從捨了這些問題，另外有所論列了。

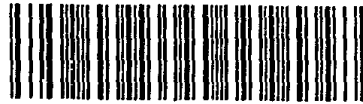
行政法離開本國章制就不免虛空；本論對於國民政府所頒行的法規，是有

實體上的研究，不僅紹介一些重要的學理。本書第一編是總論，第二編以下便是各論。關於各論的分類爲了研究上的便利起見，採取一般學者習用的編制方法；分做內務行政，財務行政，經濟行政，司法行政，軍事行政等編。

朱采真 十八年五月二十五日

588  
834  
2:1

行政法新論



3 0646 8260 6

# 行政法新論目次

## 緒論

|     |                 |    |
|-----|-----------------|----|
| 第一章 | 國家的意義和作用        | 一  |
| 第一節 | 國家的意義           | 一  |
| 第二節 | 國家的作用           | 四  |
| 第二章 | 從五權分立制度上說明行政的意義 | 九  |
| 第三章 | 行政法在法律上的地位      | 一四 |
| 第一節 | 公法和私法的分別        | 一四 |
| 第二節 | 行政法在公法上的地位      | 一七 |
| 第四章 | 行政法和其他學科的關係     | 二〇 |
| 第一節 | 行政法和憲法的關係       | 二〇 |
| 第二節 | 行政法和刑法的關係       | 二二 |
| 第三節 | 行政法和私法的關係       | 二四 |



|     |             |    |
|-----|-------------|----|
| 第四節 | 行政法和行政學的關係  | 二五 |
| 第五章 | 行政法的淵源      | 二六 |
| 第一節 | 制定法         | 二七 |
| 第二節 | 習慣法         | 三二 |
| 第六章 | 行政法的研究方法    | 三六 |
| 第一編 | 總論          |    |
| 第一章 | 公法關係上的權利觀   | 三八 |
| 第一節 | 權利的意義       | 四二 |
| 第二節 | 公權和私權的區別    | 五〇 |
| 第三節 | 公權的發生和消滅    | 五四 |
| 第二章 | 國家的公權和個人的公權 | 五九 |
| 第一節 | 國家的公權       | 五九 |
| 第一款 | 國家的公權是什麼    | 五九 |
| 第二款 | 公法上的物權和債權   | 六一 |

|                |    |
|----------------|----|
| 第二節 個人的公權      | 六五 |
| 第一款 自由權        | 六五 |
| 第二款 參政權        | 六八 |
| 第三款 訴權         | 六九 |
| 第三章 行政組織概論     | 七〇 |
| 第一節 行政機關是什麼    | 七一 |
| 第二節 行政官署       | 七三 |
| 第一款 行政官署的意義    | 七四 |
| 第二款 官署的種類      | 七八 |
| 第三款 官署的權限      | 八〇 |
| 第四款 官制         | 八二 |
| 第五款 官署的代理和委任   | 八四 |
| 第六款 行政監督       | 八五 |
| 第七款 政務官和事務官的區別 | 九四 |
| 第四章 行政合議制      | 九六 |

|     |                 |     |
|-----|-----------------|-----|
| 第一節 | 合議制的利害問題        | 九六  |
| 第二節 | 我國現行的合議制        | 一〇〇 |
| 第五章 | 中央行政組織          | 一〇三 |
| 第一節 | 國務會議            | 一〇三 |
| 第二節 | 行政院             | 一〇五 |
| 第一款 | 行政院的組織          | 一〇五 |
| 第二款 | 行政院的職權          | 一〇六 |
| 第三節 | 行政院各部各委員會的組織和職權 | 一〇八 |
| 第六章 | 地方行政組織          | 一一三 |
| 第一節 | 省行政組織           | 一一三 |
| 第一款 | 省政府組織           | 一一三 |
| 第二款 | 省政府各機關職權的分配     | 一一四 |
| 第三款 | 省民政廳行政會議        | 一一七 |
| 第二節 | 縣行政組織           | 一一九 |
| 第一款 | 縣政府及其所屬機關的組織和職權 | 一一九 |

|     |                |     |
|-----|----------------|-----|
| 第二款 | 縣政會議·····      | 一一一 |
| 第三款 | 縣參事會·····      | 一一二 |
| 第七章 | 自治行政組織·····    | 一一三 |
| 第一節 | 自治的意義·····     | 一二三 |
| 第二節 | 自治制度設定的理由····· | 一二五 |
| 第三節 | 自治團體的種類·····   | 一二八 |
| 第四節 | 市和特別市的組織·····  | 一三〇 |
| 第五節 | 區鄉鎮自治組織·····   | 一三六 |
| 第八章 | 官吏的法律關係·····   | 一四一 |
| 第一節 | 官吏的性質·····     | 一四二 |
| 第二節 | 官吏關係的發生·····   | 一四四 |
| 第三節 | 官吏的義務·····     | 一四八 |
| 第四節 | 官吏的權利·····     | 一五八 |
| 第五節 | 官吏的責任·····     | 一六二 |
| 第一款 | 官吏的懲戒責任·····   | 一六三 |

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第二款 | 官吏的刑事責任    | 一六五 |
| 第三款 | 官吏的賠償責任    | 一六六 |
| 第六節 | 官吏關係的消滅    | 一六八 |
| 第九章 | 行政作用       | 一六九 |
| 第一節 | 行政作用的意義和種類 | 一六九 |
| 第二節 | 命令         | 一七一 |
| 第一款 | 命令的意義和類別   | 一七一 |
| 第二款 | 行政官署所發布的命令 | 一七五 |
| 第三款 | 命令的成立和消滅   | 一七六 |
| 第四款 | 行政規則       | 一七九 |
| 第三節 | 行政處分       | 一八〇 |
| 第一款 | 行政處分的性質和效力 | 一八一 |
| 第二款 | 行政處分的成立和消滅 | 一八三 |
| 第三款 | 行政處分的種類    | 一八五 |
| 第四節 | 行政上的執行     | 一九一 |

|      |              |     |
|------|--------------|-----|
| 第十章  | 公用徵收         | 一九四 |
| 第一節  | 公用徵收的意義      | 一九四 |
| 第二節  | 公用徵收的主體和物體   | 一九九 |
| 第三節  | 公用徵收的效果      | 二〇二 |
| 第四節  | 公用徵收和公用制限的區別 | 二〇四 |
| 第十一章 | 行政救濟         | 二〇六 |
| 第一節  | 訴願           | 二〇七 |
| 第一款  | 訴願的意義        | 二〇七 |
| 第二款  | 訴願提起的要件      | 二〇九 |
| 第二節  | 行政裁判         | 二一一 |
| 第一款  | 行政裁判的意義      | 二一一 |
| 第二款  | 行政裁判制度上的幾個要點 | 二一三 |
| 第三款  | 行政訴訟         | 二一五 |
| 第一項  | 行政訴訟事件       | 二一六 |
| 第二項  | 行政訴訟程序       | 二一七 |

|      |         |     |
|------|---------|-----|
| 第十二章 | 權限爭議    | 二一九 |
| 第一節  | 權限爭議的意義 | 二一九 |
| 第二節  | 權限裁判制度  | 二二〇 |

# 行政法新論

## 緒論

### 第一章 國家的意義和作用

#### 第一節 國家的意義

國家原是人類社會上的政治團體；人類既為政治的動物，這有政治組織的人類集合團體，就和那些家族團體，宗教團體一樣在歷史的過程上，成為人類共同生活的活動力的主體；直到現在，牠還沒有喪失其存在性的價值。並且，國家異於其他一切人類團體，牠是有特殊的組織，牠有強固的和原始的力。至於牠的起源，那就本有久遠的歷史，關係複雜得很；凡是血統、宗教、戰爭和經濟等各種勢力對於國家的創造和生長都有極大的影響。不過呢，我們如果要說明國家的意義，那就通常法律學和政治學上的見解，國家就是在一定的土地上，有原始統治權的人類政治團體。從這種意義上看來，國家的存在必須具下列



四種要素：（一）土地，（二）人民，（三）統治權，（四）政治組織。

（一）土地 土地是國家的物質要素，如果有了人民却沒有土地；那末，像從前的游牧民族遷徙無定，只能算是部落。這種部落裏面雖則也有統一的命令權，但是不能在空間佔領確定的地位，那就無從發生嚴密的政治組織，自然夠不上稱做國家。猶太人散處各國，沒有土地，無論他這種民族生活力怎樣強大，却不能建立一個國家。所謂國家的土地就是指一個國家在地球上所佔有的地方，這一地方叫做國家的領土，是這一國的國權所能及到。至於領土的界限也有天然的，也有人為的；天然的界限是山川、河流、沙漠、森林等類；人為的界限是經緯線、界碑等類。近來天空事業發達，土地界限上還發生了空中領域的問題。

（二）人民 人民也是國家的物質要素；當然有了土地，沒有人民，仍舊是無從建國。說到人民却有一個問題，就是人民和民族的錯綜關係怎樣呢？造成一個國家的人民可以限於一種民族，也得合成許多民族。關於這一層，孫中山在他的民族主義演講裏說得明白，他主張中國自從秦漢以來，總是一個民族造成一個國家；在外國却有一個民族造成幾個國家，或者是一個國家包括幾

個民族。英國領土內是以白人爲本位，結合黑色、棕色等民族造成大不列顛帝國。照這樣看來，一個民族造成一個國家，換一句話說，就是一個國家裏的民族屬於同一民族，這便是民族主義的國家了。

(三) 主權 一元的國家論者把國家看做高於一切團體之上的唯一團體；所以國家的意志——主權——自然也被看做高於一切團體之上的唯一意志。歷來論到主權的性質總是說牠是包含着(1)最高性，(2)永久性，(3)唯一不可分性，並且，主權也是構成國家的要素，如果國家喪失了這種最高的統治權，那就任憑牠還有土地，還有人民，却已不復成爲國家。凡是一個國家受了別國主權的支配，無論名義上有沒有亡國，却已變成人家的屬地了。至於有些法律學者主張統治權和主權應該區別開來，以爲統治權是國家的成立要素，統治權的最高性——主權——却非國家的要素。這樣主張也是一種普通學說；此外還有否認主權的存在性，以爲國家不是高出一切團體之上的萬能機關。這種主張是很能影響到關於構成國家要素的一些舊學說。(參看著者所撰作的憲法新論。)

(四) 政治組織 國家是土地、人民、主權三者合組成成功的政治團體，從前

學說上多說國家成立的要素就是這三者。其實呢，政治組織何嘗不是構成國家的要素；否則，只有主權抽象的存在，却沒有運用的方法，國家的作用也就無從顯出。孫中山在民權主義演講裏主張權與能要分開，把人民比做阿斗太子，把政府當做諸葛亮。他根據這種原則就創出政權和治權的名目；政治中要包含兩種力量：一種是政權，一種是治權。他又主張在政權方面分做四個民權，治權方面分做五個政府權，這便是民權主義上政治組織的方法。假使沒有這種組織，那末民族的國家怎樣可以建設成功呢？民權論豈不成了空談麼？所以政治組織也是國家要素之一，無論是什麼主義，他要用主義建國，他就缺乏不了這種組織的要素。就是不談主義，譬如從前那些自稱受命於天的皇帝，他是有主權、有了人民、有了土地、如果沒有三公六卿等執行一切的行政組織；那末，當然不能成立一個國家；政治組織的必要性也就可知了。

## 第二節 國家的作用

國家的作用是國家的權力上的作用呢，還是國家的職務上的作用呢？這是要分別觀察的。從來說明國家的作用怎樣，統不外於研究國家統治權的行使

是如何分配於各種不同的機關。所謂統治權——或者說是主權，在五權憲法上就叫做治權——在前一節已經說過，原是國家的構成要素之一。並且，國家也是統治權的主體，這是因為國家的性質，在通常法律學上的見解，總是根據着國家人格說，解釋關於國家的法律現象。國家人格說主張國家是獨立的人格，統治權的主體。所謂人格的意義，在法律上就是具有權利能力，換一句話說，就是具有足為權利義務的主體的能力。並且，在倫理上國家一樣也有意志能力，不過偏於義務觀罷了。國家既有獨立的人格，而為統治權的主體；自必以行使這種統治權為職志。但是，國家樣怎去行使統治權呢？這就發生了國家的作用上的問題。一元的國家論者雖則主張國家是超越於一切團體之上，而行使牠的統治權。這種統治權是原始的，固有的；至於其他法人——在法律上有人格的團體叫做法人，國家原也是法人之一——對於內部所得行使的統治的權力，却從國家賦與而來。不過呢，基於三權政府的組織，立憲政治的原理，舊時一般學者固然以為統治權的本體不可分，但却一概承認統治權的作用是分配於立法、行政、司法三種機關而顯示出來。所謂行政作用就是屬於這三種作用裏面的一種。

國家是主權者，或者說是國家是統治權的主體，根據着這種觀念，我們所研究的當然不脫國家的權力上的作用是怎樣這一個問題了。於是三權分立哩，五權分立哩，兩權分立呢，這些政治學上，憲法學上的學說所給與我們關於國家的作用是怎樣的見解，並且影響到行政作用和其他國家權力作用是如何連繫，如何分折的那些問題了。對於行政發生怎樣的觀念是要對於國家有了這樣的觀念而來。三權分立論下的國家觀，以為國家是有統治一切，命令其他人格的無上權力。這權力是不可分，但行使這權力的各別機關的分立，却仍舊無礙於國家意思的統一。這種國家的作用的分類，依據三權分立原理而組織的政府，就把國家的機關分做立法、行政、司法三種。凡是國家的作用以設定法律為目的，就叫做立法；以實行法律為目的，就叫做司法；至於在法規範圍之內，求達國家特種目的而處理立法，司法以外的一切事務，就叫做行政。關於國家三種權力作用的分配，古代亞里士多德便已主張過了。亞里士多德主張把政權分做：(1) 討論權，(2) 行政權，(3) 司法權。討論權的行使是關於宣戰、媾和、條約、和立法等重要事項；行政權的行使和現在所說的行政權意義差不多；司法權的行使却是關於裁判事項。後來頗有繼續亞里士多德的理論，主張分權的學者，

等到孟德斯鳩的法意出版，却越發是透澈發揮國家三種權力作用分立的原理。不過孟德斯鳩的分權論重在適用以權制權的原則，以爲立法部設立兩院，彼此用否決的特權牽制着；兩院所受行政部的制限就和行政部所受立法部的牽制一樣。他雖則主張立法權要專屬於議會，行政權要專屬於行政首長，司法權要專屬於裁判官；他的學說并且也支配十九世紀的政治思想；但在實際上歐洲方面三權分立的政府並非這樣嚴格獨立。要曉得立法、行政、司法三種作用嚴格的分立是不可能，也是不必要。至於權力分立的意義無非把這三種作用分配於三種機關，成爲形式上的分類而已。從實際方面觀察起來，有些事項在性質上本是屬於立法作用，却歸入行政機關的權限範圍以內；也有屬於司法作用的却劃分給行政方面去處理；前一種如同法規命令，後一種如同行政制裁。至於行政事項有時也有待於立法機關或司法機關的參與。這三種作用的性質固然可以分別開來說，但各種機關的權限却不免發生連帶關係，尤其是行政作用有了廣大的範圍。

以國家的權力分配爲立場，而研究國權的作用，那就三權分立說以外還有兩權分立說和五權分立說。主張兩權分立的學者像克羅格以爲在制定法律

權和執行法律權這兩種權力以外，沒有第三種權力。大概兩權分立說是不承認司法作用的性質在國權作用上是獨立的；不過司法權和行政權同屬於執行法律的權。並且，在兩權分立之下，他們還把執行國家意志的職務分做三種：(1)關於指揮監督的行政事務；(2)關於科學的或專門的執行事務；(3)關於適用或解釋法律的司法事務，這種分權論原是依據着國家作用的實質上的分類方法；因為在形式上國家的作用無論是三權分立或五權分立，但在實質上總不外於下列兩種：(1)制定法律的作用，(2)處理具體事件的作用。兩權分立說就是把制定法律的作用叫做立法權；因為這是一種構成或宣示國家意思的權力；把處理具體事件的作用叫做行政權；因為這是一種執行國家意思的權力。行政的意義和行政權的範圍在三權分立說和兩權分立說上有點差別。但是，在五權分立說上又怎麼呢？五權包含着立法權、行政權、司法權、考試權、和監察權，這是在鼎立的三權以外，加上了考試權和監察權。五個政府權的分立原不過是政府分成五個門徑去做工，却非國家的作用應該照此分類。我們如果研究考試權和監察權的性質，不能承認牠們並非屬於廣義的行政作用。雖則監察權是立法部所行使的彈劾權的化身；然而彈劾制度本來就是立法部參與

司法事務；並且，從國家作用的實質上看來，司法和行政同為處理具體事件的作用。至於考試明明是行政作用，那就更不必談了。

## 第二章 從五權分立制度上說明行政的意義

行政的意義怎樣，是要從兩方面去觀察。行政的實質的意義和形式的意義頗有不同之點。如果我們從五權制度上去研究行政的意義，在形式方面是很容易瞭解的。現行制度已經是五權政府的組織。國民政府是由行政院、立法院、司法院、考試院、監察院五院組織而成，行政說就是國民政府最高行政機關；那末，依於這種行政機關而成立的國家作用就可叫做形式上的行政了。因為形式上的意義本來是把機關作為分別的標準，所以依於立法機關而成立的國家作用也可叫做形式上的立法；依於司法機關而成立的國家作用也可叫做形式上的司法。歷來三權分立的政府，立法部所有的權限並非限於制定法律；但在形式上凡是屬於議會的活動就也包括在立法範圍以內。司法機關的職權有時也不僅對於那些違反法律的具體事件加以裁判；如同不動產登記，禁治產或失蹤的宣告，在實質上固然不能叫做司法事項，在形式上却不然。至於



行政方面，也有許多實質上屬於立法機關的立法事項，却由行政機關去用命令制定；還有違警處分明明是裁判具體的違法事件，却算做一種行政處分。在他方面却也是一樣的，實質上本是一種行政作用，如同預算的決定，却要歸立法部去用法律制定，或者須要經過牠的議決通過。因此，實質上的行政有時成爲形式上立法或司法，而實質上的立法或司法有時亦成爲形式上的行政了。這一點尤其可以從五權分立制度上看出來。

我們從五權政府組織上研究行政是怎樣的意義，以及實質的意義和形式的意義是怎樣分別，並且比較三權政府組織上的情形又是怎樣；那就須得注意到左列四點：

(一) 關於公務員任用事項 上面已經說明政治組織是構成國家的要素之一，不管是三權分立的組織或者是五權分立的組織，國家權力的作用總要分配在各種機關去實行。但是，機關是抽象的存在，組織是機械的方式，少不得要有自然人去運用；於是就要發生人的問題了。怎樣任用公務員呢？公務員的成績怎樣考核呢？這些原本是屬於行政範圍裏的事項。在三權分立的組織上，歷來關於公務員的任用和成績考核，行政官和司法官一律歸行政機關管

理，就是立法部的議員固然由於民選而來，但辦理選舉却還不出行政範圍。現在五權制度却變更組織，考選和銓敘從行政方面獨立而自成爲一種國權作用，有考試院爲國民政府最高考試機關，國民政府組織法第三十七條規定：「考試院爲國民政府最高考試機關，掌理考試，銓敘事宜。所有公務員均須依法律經考試院考試銓敘，方得任用。」考試院是由考選委員會組織而成，考選委員會是掌管關於考選文官、法官、外交官和其他公務員，以及專門技術人員等事項。銓敘部是掌管關於公務員的登記事項，考取人員分類登記事項，成績考核登記事項，公務員任免審查事項。這些事項雖則本屬行政性質，但是自從行政方面分析出來，我們仍舊可以稱牠行政作用麼？這是不必管考試權是怎樣獨立，考試和銓敘是怎樣和行政脫離關係；但在實質上，這些事項總不背於行政和執行的意義。

(二) 關於彈劾事項 監察院是國民政府的監察機關，行使彈劾權。一般論者都以爲彈劾權是脫離立法部而獨立，却沒有注意到彈劾權和行政權的關係。要曉得議會所行使的彈劾權無非是一種倒閣的武器，屬於政治的作用。被彈劾的是內閣總理和閣員，彈劾的原因也有一定的制限；我國監察院所行

使彈劾權的性質却不然。雖則美國的彈劾制度，議會能夠對於大總統和一切行政官行使彈劾權，但仍舊是人民代表機關監督政府的方法。至於從現行制度上研究我國彈劾權的性質，實在不僅是離開議會而獨立，并且把關於行政方面一部分懲戒官吏的權也分給過來了。監察院組織法第四條規定：「監察院得隨時派員分赴各公署及其他公立機關調查檔案冊籍，遇有疑問，該主管人員應負責為詳實之答覆。」這種職權的行使何嘗不是行政上的監督作用。懲戒官吏原是一種行政處分，現在官吏懲戒委員會設在司法院裏面，懲戒處分屬於司法行為；至於移付懲戒的行政處分也已成爲彈劾權的活動了。

(三) 關於審計事項 在三權分立政府通常組織的系統之下，像審計院就是一種獨立的行政機關，牠的職權行使是不受行政省長的指揮監督；但在形式上却不能不說牠是行政。現行制度上却把審計權限歸屬於監察院，依照監察院組織法第十三條，審計部的職掌是：(1) 關於國民政府及各省，各特別市政府歲出歲入的決算事項；(2) 關於國民政府所屬於各機關每月的收支計算事項；(3) 關於特別會計的收支計算事項。這些作用既然屬於獨立的監察機關；那就實質上雖則是行政，形式上却並非行政了。

(四) 關於司法行政事項 這也是五權分立制度上的特殊組織，司法行政作用的幹部組織向來是隸屬於行政系統，現在司法院中有了司法行政部，司法部却排除在行政院各部以外。司法行政部掌管的是什麼事呢？司法院司法行政部組織法第一條、第二條、第三條所規定的主管事務就是左列各項：

(1) 管理全國司法行政事務；

(2) 對於各地方最高行政長官執行本部主管事務，有指示監督之責；

(3) 就主管事務對於各地方最高行政長官的命令或處分，認為有違背法令或逾越權限者，得由司法院長提請國務會議議決後，停止或撤消之。

從上面所列記的三項看來，司法行政部所主管的事務就是舊制司法部的職權；不過司法部是隸屬於行政系統之下，司法行政部却歸到司法組織方面去了。司法行政和司法裁判本有顯然的區別；那末司法行政部的職權活動是行政作用呢還是司法作用呢？在形式上牠固然位置在司法組織系統之下，但在實質上仍舊是行政作用。

總之，五權分立是國家權力的分配問題，是國家作用依於怎樣的各別機關而實現的問題；却並不是根據着國家作用的性質而分類。行政權、監察權、和考

試權固然是多立了；但這三種權力的性質沒有什麼區別，同為執行法律，處理具體事件的一種國家作用。要曉得行政的意義從廣義方面說，是實行立法方面所表示國家的意思；從分權方面說，行政却是國家機關作用的一部。五權分立的政府，行政就是行政院這一機關的作用，牠的權力便是行政權。

### 第三章 行政法在法律上的地位

#### 第一節 公法和私法的分別

說明行政法在法律上的地位，以及牠的性質怎樣；那就先要明瞭公法和私法的類別如何。法律上為什麼有公法和私法的分別呢？這種分類是不是適當呢？歷來是有差別說和無差別說兩種學說：無差別說是主張法律沒有公法和私法的差別；差別說却以為應有這樣的分類。無差別說這一派中有主張法律是獨一無二，不該有公法和私法的區分；也有主張凡法都是私法或凡法都是公法。但像英國的奧司丁雖則是無差別說學者中的重要人物；可是他仍舊把法律分做人的法和物的法；更把人的法分做公法、私法和例外法三種。足見他並不是絕對的主張公法和私法的不可有。至於差別說却為一般學者所主張；

不過他們分類的標準却有好幾種；如同：

(一) 目的標準說 這是從法律的目的上說明公法和私法的區別。目的在公益的叫做公法；目的在私益的叫做私法。這一說本來倡於羅馬學者，不過法律的目的究竟是在公益或在私益却不甚分別得開；因為一切法律對於公益或私益總是直接的或間接的一概保護在內。像憲法，牠的目的當然是規定公益事項；可是關於人民權利自由之屬，又何嘗不是私益所在。又像刑法，也是維護公益的法律，但以個人為立腳點觀察起來，就可以算做目的在於保護個人身體、生命、自由、名譽、財產的法律。所以這種標準是不確當的。

(二) 法律關係的標準說 這是以為規定權力關係的法律是公法，規定權利義務關係的法律是私法。像憲法和行政法都是公法，牠們的內容就是規定權力關係；民法和商法是私法，牠們的內容就是規定權利義務關係。這一種分類的標準也受人批評，不過批評的理由以為私法上既然是規定平等的權利義務關係；那末，何以民法親屬編中定有親權、夫權等權力關係。這種批評理由在舊法律上向來是站得住的，但民法上一經確定男女夫妻平等的基礎以及剷除了濃厚的宗法思想；那就私法上當然全是規定平等權利義務關係了。

(三) 法律關係的主體標準說 這一說主張凡是規定國家和國家相互間或國家和私人間的法律關係，叫做公法；規定人民相互間的法律關係，叫做私法。再說得明白點，公法就是規定公共團體相互間或公共團體和私人間權力關係的法律；私法就是規定私人相互間或私人 and 公共團體權利義務關係的法律；像憲法、行政法、刑法、法院編制法等都是公法；民法、商法、破產法等都是私法。

(四) 統治關係標準說 這一說主張公法是規律統治團體的組織和統治團體對於牠的對等人格者以及服從於其團體的人格者，因為統治權的發動而發生的關係之法律；私法却是規律非統治關係之法律。大概法律可以大別為個人法和團體法；個人法是規定個人相互關係的法律，所謂個人相互關係並不是一種統治關係，公法和私法的區別就在是不是有統治關係這一點上。個人法沒有統治關係的特色，所以屬於私法。並且，團體法裏面因為有了公團體和私團體的不同，關於私團體的內部關係和外部關係的法律就像個人法一樣並無統治關係。至於公團體的內部關係既然是統治關係，可以命令或強制他人，由於這種關係而發生的法律當然是公法了。至於公團體的外部關

係却是統治權對於統治權的關係；如同宣戰、媾和、締結條約等行爲雖則是對等關係；然而彼此依據統治權的發動；所以規律這種關係的法律也是公法。上面四種關於公法和私法分類標準的學說，各有相當理由，只有第一種目的標準說立論較爲幼稚。要曉得公法和私法在性質上固然可以分別開來，但却難絕對地下一個分類標準的論斷。不過呢，分類的標準論雖則不能從同，但是那一種法是公法，那一種法是私法，被一般學者所認定的却沒有什麼差異。

## 第二節 行政法在公法上的地位

法律既可大別爲公法和私法；公法更可大別爲國際法和國內公法。行政法是屬於國內公法。大凡國內法裏面除了憲法是基礎法以外，其他一般法中還可分做司法法和行政法。所謂司法法如同刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法，以及法院編制法等；至於行政法却包括着關於行政組織和行政權運用的法律。并且，通常學者的主張，以爲司法法中像刑法和訴訟法等雖則同是關於國家和人民間統治權發動的法律，應該算做公法；但是適用這種法律却和私法一樣，屬於司法機關的職權；於是認爲比到其他公法有點差別。從最廣義說，公法的



全體自然包含司法法在內；然而通常所謂公法每每指那憲法和行政法而言，還可叫做廣義的國法。後來因為行政法發達而成爲獨立的學科，憲法又被稱做狹義的國法。不過呢，這種主張雖爲歷來一般學者所贊同；但在我看來，却以爲這是學者間一種傳統的成見，並沒有什麼深刻的學理上的見解。假使因爲刑法，訴訟法等，在適用的時候和其他私法同屬於司法機關的職權，就認爲非普通的公法；那末，適用公企業法，土地徵收法等公法的行政機關又何嘗不同時適用私法上的原則？所以在分別公法和私法以後，再就國內公法分起類來，把憲法和行政法叫做國法，以便對於刑法，訴訟法等有所區別，這却並非一種適當的分析觀念。（參看著者所撰作者憲法新論）

行政法是公法，或者說行政法是關於行政的公法，在相當的意義之下，固然被一般公法學者所承認了。但行政上所適用的一切法規並非限於公法，尤其是現代的國家經濟事業發達，任何國家在牠的事業上所表現的效能絕不是靠着一些警察，軍政所能盡其功用了。從前的國家是富於統治性；將來的國家却要富於企業性。所謂統治性無非是些權力、服從、命令、強制的關係；關於這一類的法規就也脫不了公法的範圍；並且，自從行政法獨立成爲一種學科以後，

所研究的多是關於這些材料。所以行政法站在公法系統之下，是沒有什麼不妥當的地方，現在像郵政、電信、鐵道、森林等國有事業異常膨脹，所發生一切企業性的法律關係就和私人相互關係相同。國家的行動不能不依據這種企業性的作用，而適用私法上的原則。國家企業性的行為原本屬於行政作用；於是行政法上的資料並非全是富有統治性。雖則不能在目前斷定行政法是公法和私法的混合物。但若以為行政法僅是關於行政的公法，至於行政作用受私法的約束時就不歸入行政法範圍以內；這種主張却也未免牽強。同為行政作用，但却一面適用公法時就叫做行政法；一面適用私法時，却把這些法則驅出行政法領域以外；於是對於一切有關行政作用的法規勢必分做行政法和非行政法了。像這樣把行政法位置在公法的系統裏面，雖有完滿的解釋；但却關於其他在行政上所適用非公法的法規除外以後，行政法本身的意義就有了欠缺。況且，我們在總論理研究還沒有什麼問題，但在各論裏怎能嚴分公法和私法的界限，那一種是純粹關於行政的公法，那一種却不是呢？譬如說國家以私經濟主體資格經營公共通信事業，——郵政、電報、電話——關於這一類的行政所適用的規則並非純粹的公法性質；但却不能排除在行政法範圍以外。

法律的分類原是相對的，尤其是公法和私法間有時發生了錯綜的關係。因為公用事業的發展，並且企業主體和利用者間的法律關係常常存在於公法的和私法的中間區域；於是行政法在法律上的地位問題就不能直截了當的解決。行政法固然不是私法，但也只能在相當意義之下認為公法。

## 第四章 行政法和其他學科的關係

法律系統下有獨立的法典，有分開研究的學科；但社會上法律現象本有相互聯絡的關係，並非彼此間完全隔離。行政法和憲法、刑法、私法等多有密切的關係，現在分別說明如左：

### 第一節 行政法和憲法的關係

憲法原是行政法的淵源所在，並且從前行政法沒有發達而成爲獨立學科時，本和憲法同被稱爲國法。不過這兩者也有區別的地方，關於這種區別，還有左列四種學說。當那瞭解行政法和憲法的區別以後，牠們的關係所在也可明白了。

(一) 組織作用標準說 這是主張憲法是國法中的組織法，行政法是國法中的作用法。說得詳細點，就是規定關於構成國家的要素以及機關組織的全般的法律叫做憲法；至於關於這種機關作用的全體而規定的法律叫做作用法；行政法就是這種作用法的一部分。

(二) 法規統系說 這是統憲法是各種法律的綱領，為有統系的法規；行政法卻不然。牠是集合各種足為行政作用準則的法規而成，並非有統系的法規；但在研究的時候却不失為一種特別的學科。

(三) 原則細則標準說 這一說主張憲法是規定統治機關的組織和其作用的一般原則；行政法只不過是規定關於這種原則下的強制細則的全體。

(四) 機關標準說 這一說是有兩種主張：(1) 憲法是規定關於統治權的主體和其作用的全體，行政法却是關於國家機關的統治權執行之法律；(2) 憲法是規定關於國家機關所有地位的組織和作用以及構成國家各要素的關係之全體，行政法却是關於這一類機關以外的機關組織和作用的全體之法規。

右列幾種區別憲法和行政法的學說，在(一)(二)(三)等項固然是

淺薄，就是機關標準說，一說是把行政法上的機關作為國家機關，一說却把牠作為國家機關以外的機關。憲法和行政法的區別以及他們的相互關係，完全以解釋機關的意義為標準，未免太拘執了。要曉得憲法是法律的基礎，同時也是行政法的淵源；至於行政法無非是在不背於憲法的範圍以內，關於規律行政作用的法則以及執行任務的方法。就此也很可窺見這兩者的區別和關係所在了。

## 第二節 行政法和刑法的關係

行政法和刑法的性質本不相同；可是怎樣發生關係呢！要曉得刑法裏面包括着兩大部分就是刑罰和犯罪；在行政法上固然無所謂刑事犯罪問題，但行政罰却常被看做廣義的刑罰；於是也就連帶發生行政犯的觀念。爲了維持行政法規的實行有效，對於違反行政法規或行政處分的人們就加以行政上的制裁。這種行政上的制裁有對於行政官吏的，有對於人民的，後一種就是所謂行政罰了。違警律上，租稅法規上所規定的罰則就是明定怎樣違法犯則的。爲就怎樣處罰。像這種屬於廣義刑法性質的法規同時構成行政法的一部分。

最明顯的要算是違警律了。違警行爲在別國本有當做刑事犯罪；但在我國現行制度上凡是違警處分却是屬於行政處分。違警犯成爲行政犯，違警制裁成爲行政罰；於是行政法更有和刑法相接近之點了。

前一段所說明的關於現實法律上行政法確有和刑法相連接之處，但却另有一個問題，就是行政法和刑法應不應接觸呢？這是當然的，三權沒有絕對分立之理，行政的實質意義每和形式的意義不盡相同。由於法律的委任，行政機關得制定法規命令而涉及立法的權限，同時也得對於人民爲行政上的制裁而涉及司法的權限。不過呢，對於人民的處罰應該以受司法裁判爲原則，並且對於這種原則不該輕易地設定例外。所謂違警罰以及違反稅則的處罰，雖則由法律委任給行政機關，但行政機關每每濫用這種權力。所以爲了職務上的方便起見，使行政處分代替司法處分；但爲了人民的權利保障起見，非但違警事件應該經過初級司法機關裁判，就是違反稅則的處罰也該脫離行政權的範圍。總之，三權絕對的分立固然不是適當的理論，但關於人民權利的處罰事件却有和行政處分絕對分立的必要。換一句話說，就是行政法是不容和刑法去接觸。

### 第三節 行政法和私法的關係

行政法是不該和刑法去接近，但牠和私法的關係却密切得很。國家行爲有些是有統治性的，有些是有企業性的；後一種須得適用私法。這種國家作用不出行政範圍，並且從法規的適用上看起來，固然是私法的作用；但從實施的機關方面看起來，却明明是屬於行政作用。要曉得現代國家在職務上應該重在治事，却不重在治人；國家企業的范围越擴大，行政法和私法的關係就越加密接。因爲法律現象一天天複雜起來，我們研究法律的方法就不能不有變動。從前把法律分做公法和私法，原是爲了研究上的便利；實則法律現象上所顯示給我們的却沒有這種直截顯豁的界限。學者把行政法安置在公法的系統上，並且下了一種平凡的定義，說行政法就是規定中央政府或地方政府行政組織和作用，以及國家和人民間公的關係之法規。現在如果是比較深刻一點去研究行政法，那就行政作用並非完全出於公法的關係。行政上所適用的法規——自然我們可以稱牠是行政法。——却每每存在於私法的關係之上，舉一個例罷，如同國家經營勞工紹介事業而制定的勞工紹介法不當屬於公法系

統，這種國家行爲却明係一種行政作用，也是純然私法的作用。這種趨勢所在，越發使得行政法裏面包含私法的成分了。所以有些學者主張行政法的基本原則有時從憲法中抽出，有時從民法中抽出；牠好比是憲法和民法間的聯絡線。

#### 第四節 行政法和行政學的關係

行政法和行政學都是以國家的行法作用爲研究的對象，但分別開來觀察，這兩者却有不同的目的和研究方法。行政法的目的在於說明國家的行政行爲如何受着法規的拘束以及行政法規在實際上如何適用；行政學的目的却在追求如何適合於國家行政作用的原理原則，以便完成國家的企圖。行政法研究的資料是本國的現行法規，或者比較各國的行政法規，解釋這種法規上的法理，求得一定的結論；行政學研究的資料却是注重社會上，經濟上的狀況，推求國家所應採取的行政政策，並不以研究現行法規爲前提。總之，行政法所說明的關於現行行政法規上的法律現象是怎樣怎樣，行政學所說明的却關於國家行政方面的措施是應該怎樣怎樣。所以行政法大部是具體的研究，（



有行政法規做根據。屬於法律學範圍；行政學是抽象的研究，討論國家的行政政策，屬於政治學範圍。這兩者雖有不同的性質，但行政學上所研究而得的結論，每每成爲行政法規上的標準主義。國家的任務因爲經濟情形的變動，社會事業的膨脹；於是擴大牠的活動範圍，所謂行政法規上的法律現象，自有經濟、社會的背景之存在。這兩者趨走的方向本爲同一；所以行政學爲理論上，行政方略上的追求，在行政法方面便成爲實際的應用了。

## 第五章 行政法的淵源

在研究行政法的淵源以前，且先說明什麼是法律的淵源。所謂法律的淵源就是指那法律的所從來而言。這可分做實質的和形式的兩種：實質的淵源是法律的內容所從來，形式的淵源是把牠製成有威權的法律的工具所從來。因爲法律是製造出來的一種工具，但是在牠被製造的時候，需要材料，同時也需要工具。製造法律的工具是什麼呢？形式的淵源是什麼呢？所謂製造法律的工具，我們所公認的是立法；——行政上立法問題不僅關於議會立法——不過英美法系中主張裁判產生法律的學者却把立法當做材料，認爲實質的法律

淵源之一種。他們以爲一個政治社會或是國家中間可以沒有法律，沒有立法機關，却不能沒有裁判的機關；因爲立法機關不過是供給材料與裁判的機關去創造法律的。至於通常所認爲法律的實質淵源如同（一）習慣，（二）學說，（三）判例，（四）條理，（五）外國法，（六）條約，（七）宗教。這些都是法律的淵源所在，就是行政法的淵源也關於這幾種，只有宗教現在却和政治、法律隔離了。

行政法的淵源可以大別爲制定法和習慣法，分說如左：

### 第一節 制定法

制定法就是國家或自治團體所制定的成文法，其中足爲行政法淵源的，如同：

（一）憲法 憲法是規定國家組織和國權作用的法律，爲各種法律的基礎，具有特殊的效力。至於行政權原是國權的一部分，憲法上關於行政權組織和作用便係行政法的構成資料。大凡一切行政行爲要以法規爲標準，而行政法規却不能有背於憲法，并且行政命令的發布有規定在憲法上的，有規定在

普通法律上的；所以行政法的構成，憲法是牠的重要的淵源。

(二) 法律和命令 凡是立法權和行政權已經分化的國家，立法機關所制定的法規通常叫做法或法律；行政機關所制定的法規，通常叫做令或命令。法律和命令都是行政法的淵源所在。因為法治國家裏面，行政法雖不是成爲有系統的法典，但大部分由於用法令的形式規定而成；不過關於司法的法規却不能常常成爲行政法的淵源。法律和命令在制定的程序上固然彼此相異，就是效力上也有高下之分；法律總是強於命令。法律是可以變更命令，命令却不能變更法律。至於拘束人民的效力以及人民遵守的義務，那就法律和命令本無二致。行政行爲是不該超出法規的範圍，對於法律和命令是一樣的不能違背；所以這兩者同爲行政法的淵源，却不必問其效力的熟強熟弱。

公法學者每把法令分做憲法施行前的法令和憲法施行後法令，以便分別研究如何才得成爲行政法的淵源。憲法施行後法令是行政法的淵源，這本沒有什麼問題；至於憲法施行前的法令，那就限於和憲法不相抵觸的，有繼續遵守的效力，得爲行政法的淵源。關於這一點，各國多有明文規定；如同日本憲法第七十六條規定和憲法不相抵觸的現行法令，都有遵循的效力；荷蘭憲

法附則第二條規定，當憲法公布的時候，所有各種法令在制定新法律以前，一概繼續有效；德國新憲法第一百七十八條規定，其他法律命令和本憲法不相衝突的就繼續有效，以及官署命令是按照舊日法律依合法程序發布的，除用命令或立法取消牠的效力外也能繼續有效。就在我國，雖則到了現在還沒有憲法，但却幾經革命；當辛亥革命以後，就容許前清頒行的法令和民國國體不相衝突的，仍舊繼續發生效力。國民革命以來，國民政府也曾屢次宣示，所有從前北京政府所頒布的法令和中國國民黨綱黨義以及國民政府所頒法規，不相抵觸的，也可暫行援用。這些雖則不是憲法上的明示，却也足見改革以後，舊時的法令並非一概消失效力；所以凡在憲法施行前的法令，有一部分繼續有效的未始不是行政法的淵源。

關於憲法施行前的法令，雖則由於憲法的明認，仍舊繼續有效；但却還有一個足供研究的要點。因為效力的繼續原是有時間性的，那就對於憲法施行前的法律或命令，應該怎樣去變更牠呢？在原則上法律是可以變更法律和命令，但命令却不可以變更法律，只能變更命令。對於憲法施行前的法令，用法律去改廢呢還是用命令去改廢呢？如果說是分別開來觀察，從前的法律，是要用法

律去改廢；至於命令，却不妨用命令去改廢了。然而這種分別的方法也要發生困難的問題，要曉得法律和命令的差別在於制定的形式，但憲法施行前的法令所依據的形式比到現行憲法上所規定的不必盡同；那末，應該怎樣去變更，當然成爲問題了。這是不能根據着從前的舊名稱，決定改廢的方法，却要考察牠的內容而定。大概憲法施行前的法令是關於現行憲法上的立法事項，就該用法律去改廢；至於並非立法事項，在現行憲法上是用命令的形式去制定的；那就即使稱爲某種法律，也得用命令去改廢了。

(三) 條約 大凡直接關涉國民的條約，要使國民受到拘束，國家就得把這種條約當作材料，用適當的方式公布之。一經適法公布以後，人民就當信守，這種條約也就發生法律的效力，可以成爲行政法的淵源了。至於用適當的方式公布之，怎樣才能算是適當的方式；那就各國立法例上有點異同；現在分說如左：

(1) 憲法上有明文規定條約和法律的效力相等 採用這種方式的國家，對於條約不必另行公布法令；基於憲法上的付與權力，條約便和法律有同等效力。人民自該遵守。

(2) 條約締結後就作為法令公布。條約一經公布，便成法律，有拘束人民的力量。但是這種拘束力量並非基於條約的締結而發生，却是因為把條約作為法令而公布才得發生效力。

(3) 條約一經締結就對人民發生直接的效力。日本在實際上也採用這種方式，因為各個人民既然是組織國家的一分子，對於國家主權有服從的義務；只要憲法上有適當的認定，國家的單獨意思就有拘束國民的效力。凡是條約上關涉人民的事項，這種條約一經締結，便直接對於人民發生權利義務的關係；所以就也成為行政法的淵源。

(四) 地方自治團體的規程。地方自治團體由於法律的授權，對於一定範圍內的自治行政事項，得制定規程。自治團體和國家同為團體，但國家却有原始的統治權；至於自治團體雖得對於團員行使治權，無非基於國家賦與而來，自治團體有獨立的人格，又有由國家賦與的統治權力，所以制定規程，具有法的效力，並且足為行政法從屬的淵源。但像公共組合也有獨立的人格，也是自治團體的一種；然而因為牠沒有國家所賦與的特權，所發表的意思就也沒有法的效力，所以公共組合的規程不能成為行政法的淵源。

## 第二節 習慣法

習慣法也叫做非制定法，不過非制定法中還包括着判例、學說、條理等，這些都是法的淵源。關於判例能不能看做法律的淵源，英美法系和大陸法系的見解不同。英美法系重判例，大陸法系重學說；但是學者間的主張却沒有什麼固定的趨向。英國學者也有主張判例不是法律的淵源，像柏那克斯冬，他就說普通法的淵源是普遍的習慣，這種習慣是不確定和明顯的，等到法院判決時才變成永久的法律；於是就成爲一種最好的證據。但邊沁、奧司丁等却一齊反對柏那克斯冬的主張。在德國方面，也有兩派不同的論調：一派是主張判決有效的，一派是主張判例無效的，後一說以爲判例有時雖被採取，但却爲了牠的內在的價值。牠的價值第一就在牠是習慣法的證據，第二因爲牠含蓄着完滿的原理。大概判例是法律的淵源，本也無從否認；不過牠却不及習慣法的直接和重要。並且，還有一點須要注意的，所謂判例是行政法的淵源，並非指那一切的判例，却是限於行政裁判方面；如同上級行政官署對於下級行政官署所下的關於行政訴訟事項的裁判，以及將來司法院行政法院的判例，方能成爲行政

法的淵源。至於學說和條理，那就學說對於行政法規本來沒有多大的關係，條理在私法上是很有重要地位；像新近國民政府公布的民法總則，第一條就規定民事無法律，依習慣；無習慣，依條理。不過呢，在公法方面，有時候條理雖也足以救濟制定法和習慣法之窮；尤其是行政法上因為法規的不完備，行政作用範圍的廣大，有待於條理的補充；但是，這其間也有一種弊害的存在。條理是不脫正誼的觀念，起於人們心中固有的道德信條；一種主觀的是非，並沒有正確的標準。不肖的行政官吏藉口條理，就很可以上下其手。大凡行政和司法比較起來，行政官吏的守法精神總是相差得遠，引起人民惡感的行為大多出於行政機關。這種現象造成的原因，缺乏完備的行政法確是其中之一。自從司法權和行政權分化以來，規範行政行為的法律到了現在還是幼稚得很，法律學者對於行政法的研究也是非常淡漠。歷來行政方面的活動無非根據着傳統的不良習慣和那些不健全的條理，行政官吏對於法律的感受性可以說是完全消失了。所以我國如果要企圖行政領域內的清明和法治精神的實現，那就須得制定完備的行政法規，習慣和條理只能為相當的補充罷了。

習慣法介在制定法和條理的中間，成為重要的法源。要曉得社會的習慣和



國家的法律，都是人類的意識和能力到了某種程度所表現出來的對於正誼的一種見解，並且這種正誼的觀念已經是客觀化了；所以習慣和法律頗有許多共通之點。良好的習慣自然是法律的良好材料；不過習慣本來沒有法律的效力，必須等到國家承認或規定以後，才得成爲法律或和法律享有同等的效力。至於習慣成爲習慣法時是由於怎樣的方式呢？那就向有左列幾種學說：

（一）永續慣行說 這一說以爲能夠發生法律上效力的習慣，必須有同一的行爲，永久持續地通行，並且對於人民已經發生了拘束力。不過這一派主張並不能釋明習慣成爲習慣法的確定時期，所謂永續慣行的時間界限也是說不明白。

（二）國民總意說 這一說主張法律都是由於國民的總意而成，習慣法就是國民直接所發的總意，成文法就是經由立法者所發間接的國民總意。習慣所以發生法律上的效力，因爲人民公認這習慣的緣故。這種學說把法律是出於國民總意做前提，不過法律究竟是不是出於國家總意還是一個問題；所以他們的主張仍舊不得要領。

（三）法庭承認說 英國學者有的說習慣法是推事制定法，以爲習慣必

經裁判機關承認，方能發生法律上的效力，這本是英美法系對於習慣的或種說法。但是，習慣成爲法律，總不會如此簡單罷。

(四) 法定條件說 這一說主張習慣所以發生法律的效力，因爲主權者用一定的條件明示或暗示地付與牠。大凡立法幼稚時代，司法方面對於習慣的取捨，往往自定一個概括的標準；像我國從前大理院就有法律無明文依習慣法；無習慣法依條理的判例。等到立法事業發達起來，限制習慣適用的範圍自會嚴密；法律上必然預定一定的條件，習慣適合這些條件的才得具有法律的效力。這些條件在各國法律上各有寬嚴的不同；像我國在民國三年時，大理院曾經以判例確定適用習慣的範圍；說是習慣法成立之要素有四：(1) 就同一事項反復爲同一之行爲；(2) 人人有確信以爲法之心；(3) 係法令所未規定之事項；(4) 無背於公共之秩序及利益。

上面所說的習慣法是關於社會上的習慣，雖爲一般法律的淵源，却大多適用於私法方面；至於行政法的淵源還有行政上的習慣。大凡政治上的習慣，如同英國的內閣閣員要對議會負連帶責任，就足以成爲憲法的淵源；行政上的習慣，如同我國行政機關裏頗有許多例行公事，沒有法規根據，却依着習慣而

行。

## 第六章 行政法的研究方法

行政法自從和憲法分離而成爲一種獨立的學科，並沒有什麼大進步。英美學者對於這一學科不甚注意，首先研究牠的要推法國學者了。法國當大革命以前，行政法和其他法典還是混合在一起；等到一八一八年以後，行政法漸次發現，進步到編纂行政法規，當作專科研究，却也經過幾種階段了。并且，行政法和其他法律在形式上有一種極顯著的差別，就是行政法並未構成有系統的法典，研究起來，頗感困難。譬如說我們研究刑法或民法，那就對於這些學科有了深刻的認識，豐富的智識，就能運用科學方法，整理舊資料，創設新原則。至於研究行政法，雖則也和其他法學一樣，要從社會學方面，從經濟學方面，從政治學方面，爲綜合的觀察；但却對於民法、商法等私法同時發生連帶的關係，不能不加以注意。行政法的研究是何等廣泛，并且研究的對象是不能離開行政法規；然而這種法規却又散漫而沒有系統。歷來學者間所主張研究的方法，重要的如同左列兩種：

(一) 搜集現行的法令加以整理和解釋，這是完全以現行法令為研究的對象；一面是編纂整理，一面是文理的或論理的解釋。這種研究方法是有下列三種缺點：

(1) 行政法缺乏固定性，如果把現行法令當作唯一的資料；那就不能求得一定的結果。並且，即使發見了某種原理原則也易於變動；

(2) 這種研究方法有類於機械作用；

(3) 行政法令每每偏向於行政上的實際便利，根據了牠研究就不能透澈地去發揮法理上的理論；

(4) 法律往往跟不上時代的進化，尤其是行政法富有保守的精神；所以僅僅把現行法令作為研究的資料，這一學科就少有進步的希望。

(二) 抽象的，一般的，或比較的研究行政組織和行政作用，却並非依賴着現行法令的編纂為其治學手段或目的。這種方法也有左列兩種缺點：

(1) 理論上盡其研究的能事，但在實際上却不免疏漏；

(2) 一方面偏於法理上的發現，一方面就不免輕視現行制度。

上面所說兩種研究方法，自然應該相互採用；不過第二種却是主要的方法。

要曉得抽象的，一般的研究行政組織和行政組織；雖則也有缺點却不難救濟。治學的目的固然在於法理上的發現；但現行法令本當採作資料，以便研究的結果，可以促進本國行政制度的向上。養成法理的觀念是重要在抽象論究，但同時觀察本國的行政是怎樣運用，是否適合一般的法理，那就又非搜集現行法令不可。

## 第一編 總論

### 第一章 公法關係上的權利觀

社會上人類有共同生活的關係，這種關係為法律所拘束，就叫做法律關係。因為法律有公法和私法的區別；所以法律關係也就可以分做公法上的法律關係和私法上的法律關係。私法關係上本不離權利義務的享受和負擔，但公法關係上怎樣呢？公法上的法律關係本有國際法上的關係和國內法上的關係之區別；前一種是國家相互間對等的法律關係；後一種却是國家或自治團體和人民間的法律關係。當我們研究國際法的時候，對於具有獨立人格的國

家相互間，認為是有一種對等的權利義務的存在；但在行政法上一般的主張也是以爲國家和人民間仍舊不失權利義務的法律關係。學者雖有倡爲公法上無權利的學說，但這種主張在牠的立腳點上不能闡發充分的理由，要曉得法律上是不是要以權利爲單位，權利的形而上的概念該不該存在，這種根據着唯實主義，實證主義去推翻個人主義的法律觀念，原是另一問題；現在暫且不談。至於一面確認私法上的權利，一面却以爲公法上沒有權利義務的存在，這種主張却是不健全的。

主張公法上無權利的論調，其根本過誤在於錯認權利必須存在於當事人間對等的法律關係，以及權力和權利是不能並立。所謂公法上無權利的重要見解，以爲國家和人民間比較人民相互間的法律關係不同；國家和人民間是命令服從的關係，一方有強制的權力，一方就有服從的義務；於是雙方發生不對等的法律關係。至於人民相互間的關係却不然，彼此同爲對等的享有權利的人格者，并且服從於共同法則的支配之下；因而雙方得爲權利義務的享受和負擔。這種主張說明公法關係和私法關係有差異的地方，固然並非誤解。但是，國家和人民的法律關係，即使是不對等的，是權力作用的，是命令服從的，仍

舊不能推翻公法上的權利觀念。要曉得權力的意思就是權力主體對於其他人格者有所主張，相對人在法律上就不得不接受或被其拘束；至於權利也是權利主體對義務主體有所主張，義務人在法律上就得接受或被拘束。這兩者並沒有相反的性質，權利也未始不含有權力的成分在內。大凡事實上的權力和法律上的權力不能相提並論。國家的事實上權力雖則可以極度伸張；但在法律上却不能不受制限。國家的人格化本來從法律方面觀察而來，一面以法律確認自身的人格，同時也就認許個人的人格。這兩種人格自也保有權利義務的關係。

在法律上把國家人格化了，就成立國家是統治權主體的這一種觀念。因為國家是統治權的主體，對於人民發生權力服從關係；於是就有誤認國家權力是萬能的。所以主張國內公法上沒有權利義務關係的學者就以爲國家能夠創造法律也能夠改廢法律；即使人民對於國家享有某種權利，但國家仍舊得依立法程序廢止牠；像這種要求權利的人須要跟着對方的意思爲轉移就也不成其爲權利了。在如此見解上，否認人民對於國家的權利，立論的基礎也是不穩固的。要曉得國家是法律的創造者這一句話本來不是定論，即使以此爲

立場；那末，一面主張國家造法，一面就得承認國家有守法的義務。這才不背法治的意義；否則，國家可以自由造法，自由毀法，那就法律的本身自己已經失掉牠的價值，無論公權或私權一概都要不存在了。況且法律關係的存在本以法律的存在為前提，法律一經成立國家也只能在法律範圍以內表示其意思。假使說因為國家能夠造法的緣故，就以為公法上要求權利的人須要跟着對方的意思為轉移；所以不成其為權利；那末，從私法上看來，國家對牠也未始不能自由創造，自由毀棄，豈不是當事人——權利主體方面——關於權利的要求也要受到第三者意思的影響了。要求權利的人須得跟着對方的意思為轉移，固然不能算是權利；但受那第三者意思的影響，也要失掉權利的原來意義。所以把國家可以創法和毀法這種見解作為立論的基礎，非但公法上人民對於國家權利的不存在，就是私法上個人相對立的權利也是無從確定。進一步說，這種場合只有國家的專制，實在無所謂法律關係了。

法律固然是並非永久不變，但牠的改廢却有一定的程序。當法律存續期間以內，國家負着遵守的義務就和人民服從牠一樣。國家和人民對於同一的公法，共同負着遵守的義務；由於這種法律關係所成立的權利義務比到人民相



互間同時立於服從同一的私法之下，所有權利義務的享有和負擔，並無二致。總之，以個人主體權利的理想為基礎的法律制度，公法上的權利和私法上的權利在本質上沒有區別，既已承認私權利，就無從否認公權利。人格化的國家從這種法律制度取得人格的享有，同時也認許個人人格的享有。這種個人人格在公法上或私法上是一樣存在。

依據着權利是法律的單位這一種觀念，那就公法上和私法上的權利是同等看待，而成爲行政法上研究的對象。但是公法上的權利和私法上的是不是有同一的意義呢？公權和私權的區別怎樣呢？公權的得喪變更又怎樣呢？現在分節說明如左：

### 第一節 權利的意義

關於解釋權利是什麼這一個問題，歷來重要的學說有意思說，利益說，和自由說三種。主張意思說的以爲權利就是意思，也有主張權利是法律所認許意思之力，也有主張權利是法律所認許的意思之發動。這種學說認定意思是權利的本質，並且取得權利，要有一種主張；所謂主張就是意思的發動。批評這一

說却以爲權利的存在，必有一定目的；意思的發動也有一定原因，有了這原因然後才有發動這意思的結果。通常所謂意思發動之目的就是主觀的利益。所以僅說意思是權利的成分，不另求其目的所在，就不免有缺陷了。況且，權利主體也有缺乏意思的，如同精神病人；雖則代理人可以代表本人的意思，但權利主體仍舊是意思不健全的人。在這種批評之下，意思說并且也不能說明公法上的權利。因爲國家本是擬制的法人，完全沒有心理上的意思。國家的意思原本由於單數或複數的自然人代表活動；假使意思是權利的唯一的本質，那就權利主體必須要有完全的意思，怎樣可以解釋國家在公法上的權利呢？但是，主張意思之力爲權利本質的學者却有一種解釋，他們以爲權利爲意思之力，並非專指心理上的意思，不過是法所認許的意思之力。雖則這種認許不能不以心理上的意思爲基礎，但却不必專以權利主體自己的心理上的意思爲準。在私人方面，凡是意思不完全的人就得依賴其他有思想能力者做他的代表。代理人的意思固然並非被代理人心理上的意思，但法律却看做牠是權利主體的意思。在國家方面，代表國家表示意思的原是自然人，但却發生法律上所認許意思之力，而構成權利的要素。這種解釋在形而上的法理看來也有相當

理由，雖則在實證主義上是不能成立。

主張自由說的學者大多以爲人類本有天賦自由的權利，不過這天賦的自由因爲人羣進化，不免有互相衝突之處；於是法律在應有範圍以內認許他們的自由，免得相侵相犯，他們在這自由範圍以內就得主張權利。這種個人主義的權利觀在十八世紀從公法或私法方面所充分表現出來的；如同一七八九年的人權宣言和拿破侖法典，就是一七九一年的法國憲法上也有立法的權力不得制定任何法律，妨礙自然公民權行使的規定。至於康德倡自由意志說，主張權利是調和有自由意志的個人之自由而產生最大自由，法律之目的就在維持個人的最大自由，這種學說無非把權利看做保護個人的自由罷了。自由說以外還有利益說，這是和意思說對壘的學說。所謂權利是法律所保護的利益，利益原是利益說中一個重要的定義。大概主張利益說的學者每以爲權是權能，利是利益；要建設權利觀念就得建設在利益觀念上面。甲乙兩人相互間，甲對乙雖則負有行爲的義務；假使這種行爲對於乙並沒有什麼利益，那就不能說是乙的權利。譬如說甲是劊子手，乙是被判死罪的犯人，甲對於乙負有一種殺的義務；但是乙對於甲却不能說是享有被殺的權利。并且所謂利益，凡是生

活關係之事實，足以充滿我人的慾望者一概包括在內，不獨是關於財產上的利益。至於公法上的權利，其性質上的特徵却是重在公共利益。利益說雖能說明權利的目的，但仍舊不能解釋權利的整個意義。

自由說和利益說在法學上各有其重要的位置，也各自受着深刻的批評，關於批評利益說的理論；有人主張權利雖以利益為目的，然而只好說是目的，並非權利自身；也有人主張利益的觀念不過是一種權利的要素；也有人主張權利的本質是意思的力，利益是從這種力上所達到的目的，主張利益說的把目的和性質混在一起就未免費解；也有人主張權利既然是法律所保護的利益，但是所謂法律保護就是用訴權來保護，訴權雖則是權利的作用，却不能說沒有訴權就不是權利；也有人主張權利的主體不是利益的主體，假使說有利益就有權利，那就禽獸蟲魚很有受着保護的；牠們未嘗不取得利益，牠們是利益的主體，難道也可算做權利的主體麼？至於自由說也會受到強有力的非難，其中最扼要的批評是：依照自由說，凡是法律所不禁的就不能不叫做權利；那末，自由說對於權利的觀念未免太廣泛了。在主張自由說的學者以為人類本有無限的自由，不過這種無限自由的活動，足以妨礙社會的秩序。法律所以要定

出一定的範圍，一面保護人的自由，一面還制限人的自由。這種保護和制限的程度却因時代而不同。人們在此法律限定的範圍裏面，行為可以自由，這種範圍內的自由就是人們所享有的權利。照這樣看來，自由就是權利；然而享有權利的人却不見得享着自由，譬如享有親權的人，對於他的子女就要負擔教養和監護的責任，倒反不能自由了。總之，自由說是消極的說明權利的意義，並不是積極的說明。並且所謂法律上保護和制限自由的程度因時代而異，未免使得權利的觀念常常不確定，這也是自由說的缺陷。

在意思說，利益說，自由說以外還有一種折衷的學說，這是折衷於意思說和利益說兩者之間，而別成一種解釋。因為意思說只能說明權利的形式，却遺漏牠的實質，反之，利益說只能說明權利的實質，却遺漏牠的形式；於是折衷說就要包含意思和利益這兩種要素而下一個定義。並且，還可分做兩派：所謂權利是依法律所認許的意思之力而可得保護的利益，就是偏於利益說的折衷說；所謂權利是法律上因保護利益所認許的意思之力，這是偏於意思說的折衷說。要曉得把自由當作權利的基礎的學說，根本上就不穩固；因為什麼是自由就沒有確定界限。至於單純的意思說或利益說也不能包括權利的內容和目

的；所以比較起來還是折衷說的理論完滿一點。

關於權利的學說實在是紛歧得很；但却可下一個總批評，說道凡是以個人主義為立場的權利觀念已經落伍，現在是要走上唯實主義和實證主義的途程了。自從社會法學系倡為社會互助論以來，法律的思想就起了變化；於是權利義務的法律觀也就跟着改變。個人主義的權利觀念上，所謂自由權以不侵犯他人的自由為範圍，這本是一種消極的權利。現在社會職務的觀念代替個人權利的觀念；凡是一個人，在社會上須要對於社會履行應盡的義務，充分發展自己的才能品權；以便履行對於最大限度的義務。所以人們沒有消極的權利，假使遊蕩無所事事的時候，社會就得干涉他。因為無論何人在社會上不去盡一種義務，做一種事業；那末，他的行為違反了他的所應負擔的責任，社會自然要禁阻他。至於他能夠盡他的職務，那就一樣地接受社會的互助和護持了。還有財產權也不是像個人主義的制度上認為絕對不可侵犯的權利。如果要行使這種權利，必先履行對於社會的一種義務。因為財產所有者對於社會負有一種不可避免的責任，要先盡了這種責任，國家或社會方才加以保護。

近來法國杜巨在他許多重要的著作裏面主張改變現在哲學的，個人的法

律組織爲實證的，社會的法律組織；權利的觀念被驅逐在法律範圍以外，並且否認人格的觀念，數十年前孔德也已排斥權利的觀念，他以為權利這一字不能在正確的政治學上應用就和原因這一字不能在正確的哲學上應用一樣。這兩者都是神性的形而上的概念；權利的概念是不道德的，無治的；原因的觀念是非理性的，詭辯的。所以他就主張人類沒有權利，人類的權利只在盡責。要曉得以社會互助論爲立場，那就主要的論點，以爲人類共同生活上所必要的重要原因，計有兩種：一種是各個的需要無不從同，一種是各個需要雖則從同，却也有不同的存在，並且各個的才能亦得互異。有此兩種原因，人類才爲了互助和各個慾望起見，經營共同生活。這種共同生活裏面具有一種分工作用，分工論本是經濟學上的名詞，現在却因而產生了社會分工主義。十九世紀到二十世紀，這一時期內法律思想的轉變也是爲此。凡在社會上參加共同生活的分子，不管他是最高的治人者，或者是一個被治的平民；也不管他是一個萬能的議會，或者是一個沒有權力的私法人，各自都要對於社會去盡一種責任，他們所盡的責任有了社會的價值，才是法律所保護的標的物。

自從十八世紀——人權宣言和拿破侖法典的產生——以來，公法上，私法

上無非以個人主義的法律觀念爲基礎；不管利益說，意思說，或自由說所論定權利的性質怎樣，權利總是法律的本位，現在日見發達起來新的法律制度，却根據着社會的觀念。這是很明白的這兩種相反的法律制度：一種是以個人主義體權利的理想爲基礎的法律制度；一種是以個人應守公民行爲的規範的理想爲基礎的法律制度。在前一種法律制度上，個人所享有權利從參與政治的公權直到他對於他自己家屬的親權，這些權利關於公法方面或私法方面是一樣的意義。在後一種却是義務的觀念排除權利的觀念，國家對於他所統治的人民以及人民對於他所服從的國家所發生公法上的關係是要負擔一種社會責任，這種關係的基礎並非建設在權利上面。不過呢，實證的，社會的法律組織雖則在演化之中，但個人主義的法律制度並沒有被推翻；尤其是在我們這老大的國家裏面談不到此。所以我們研究現行制度上的法律現象，仍舊要說明權利的意義，公權和私權的區別，國家的公權和個人的公權；於是趨向到法律關係上是什麼這一個問題，却且拋開應該是什麼以及法律組織已經演化到什麼程度這一些理論了。

現在再歸束到權利的意義是怎樣，關於各種學說的大意，在上面已經說過，



我們不須採取那一種剛性的定義；但是，概括起來說，凡是個人的，形而上的法律組織上的權利觀，可以容納在左列幾種概念裏面：

- (一) 權利主體不必全是意思主體，但法律上却一律看做意思主體；
  - (二) 權體主體基於意思而發動的行爲，受法律的保護；
  - (三) 這受法律保護的行爲，其目的——利益——要有適法性；
  - (四) 能生法律上效果的事實是兩個權利主體間的一種關係，其中一個是自動的主體，（權力者）一個是被動的主體，（義務者）
- 在舊式的法律制度上，權利便是這樣意義。這舊的方式適用在私法上也適用在公法上。

## 第二節 公權和私權的區別

關於權利的意義和性質，既有意思說，利益說，自由說等不同的學說；所以區別公權和私權的主張也是各以自己的學說爲立場，沒有一定的標準。有些學者主張利益說的就以爲公權是以保護公益爲目的而爲法律所認許的權利，私權是以保護私益爲目的而爲法律所認許的權利；也有以爲直接保護公益

所認許的權利叫做公權，直接保護私益所認許的權利叫做私權；也有主張私權是關於私益的權利，行使或不行使也是出於個人的自由，公權却是關於公益的權利，行使或不行使並非個人所能自由。這些學說都是以利益為立腳點，但是有人批評，說是所有法律所保護的利益，大概一面關於公益，一面就有關於私益，直接或間接就很不容易分別。至於說到行使公權，並非個人所得自由，那也是一種錯誤的觀念；因為行使權利而不能自由，只好算是義務。況且我所享受的公權，行使與否也未始不可自由。一切法律所認許的公權，如同參政權，自由權等，一面固然可以行使，一面也就可以拋棄，何嘗不能自由。利益說以外，還有一派學者主張法律規定說，他們以為私法上所規定的權利叫做私權，公法上所規定的權利叫做公權。這種分類方法固然是直截痛快，然而意義上却太籠統了。此外還有主張關係說的，說是公權係屬一種團體權，因為團體關係而發生的權利就是公權；反之，私人係屬一種個人權，因為個人關係而發生的權利就是私權。英美系學者中却也有主張權利所關屬的兩方或為國家，或為私人作為分別的標準；譬如說兩方面都是私人，這權利就叫做私權；兩方面中有一面是國家，這權利就叫做公權。像這樣的區別標準，雖則沒有什麼錯誤

之處，但却不能包括一切。因為國家和個人之間，並非只有公法上的關係可以發生；有時國家不站在優勝的地位，却和私人共同服從於私法關係之下，而不受公法的支配。在這種場合，一方權利主體雖是國家，但却仍舊屬於私權的性質。並且，對等人格相互間也未必不能發生公法上的關係；所以公權和私權的區別由於法律關係的差異而起，並非全因權利主體的差別而發生。

公權和私權的區別既然由於法律關係的差異而起，但國家和個人的關係究竟在怎樣的情形之下才受私法的拘束呢？假使國家對於人民涉及統治權力的作用，如同課稅，徵收土地等行政作為，有命令服從的關係，那就當然是公法上的關係。至於國家的私經濟的行動，如同對於私人為買賣，貸借，雇傭等契約行為，却是很明瞭的屬於私法範圍。不過呢，像國立學校的徵收學費，公務員的支給俸金，這些法律行為並沒有命令強制的關係；那末，究竟是公法上關係或者是私法上關係就頗有問題了。國立學校的設立，無非為社會造就人才，其目的在於公共利益；所以徵收學費的行為雖不帶命令強制的性質，却是屬於公法上的關係，而為一種公權利。至於公務員所應支給的俸金，基於特定的法律上的原因，而為國家所負擔的一種公義務，就和私法上雇傭關係不同。要曉

得公法上的關係不必全出於強制和服從，公法上的權利和私法上的權利不同之處雖則不外統治權力的關係，但國家權力的活動範圍以內，也未始沒有排除強制作用的餘地。所以論定公權和私權的區別，不能設定一個簡單的標準；凡是利益說，法律規定說，主體關係說都沒有全般的包括。主張折衷說的就認為公權和私權的區別，應有左列三種標準：

(一) 在國家和人民的關係上，是國家依着一方面的意思命令強制人民，人民却處於不得不服從的地位，這就叫做公法上的關係，因而發生的權利就是公權。

(二) 雖則不是全依着國家一面的意思，加以命令；但是這種法律關係却具有必須在統治團體和其服從者間方得發生的性質；那也就是公法上關係，這權利也是公權。

(三) 國家和個人的關係雖則並非具有必須在統治團體和其服從者間方得發生的性質；但却爲了公共利益起見，那也就是公法關係；所發生的權利就是公權。

根據這三種標準，論定國家和人民間的公法上的關係，確認公權和私權的

區別，比較上還可以包括一切。至於國家以外，還有由國家賦與特權的自治團體，對於牠的團員所發生的法律關係，是公法還是私法呢？由於這種法律所發生的權利是公權還是私權呢？要曉得自治團體和國家的差別要點，在於自治團體統治團員的權力從國家授與而來；至若自治團體對於團員和國家對於人民，其法律關係上沒有什麼不同的性質。大凡自治團體和團員間的關係，如何算是公法上關係，如何算是私法上關係，以及其間公法和私法的區別怎樣，自可依照上面所說的三種標準加以論斷了。

### 第三節 公權的發生和消滅

(一) 公權的發生 公權有國家的公權，自治團體的公權，以及個人的公權；至於發生的原因却是大概相同。公權的發生有直接由於法規的，有根據着特別的行政行為的。所謂直接由於法規的，那就無論國家，自治團體，或個人所享有的公權，不能不有法律上的根據。越出法律範圍以外，權利就無從發生，權利的性質原本如此。不過呢，權利雖則是直接發生於法規，但在法律上無非為抽象的規定；至於具體的發生，却還有待於特別的行政行為。譬如說到遠法定

的年齡便得享有選舉權利，可是這種公權的現實享有尚須經過選舉調查，編入選舉人名冊等等關於選舉行政上的特別處分。此還有依於公法上的契約也得發生公權，以及由於個人的不法行為也是一種發生公權的原因。所謂由於個人的不法行為而發生的公權，如同刑罰權的發生，必須要有某種不法行為為前提；否則刑法上雖已規定各種刑罰，但是國家的刑罰權却是不能憑空行使。

關於權利的發生，還有原始取得和繼承取得的分別；原始取得是有一種新權利發生，繼承取得却是權利的相對發生，權利本質上不生何等變化，權利的本體却有了變動。公權中多是原始取得，如同選舉權，創制權，和複決權等當然不能繼承；所以公權的發生常常是一種新權利。

(二) 公權的消滅 關於公權消滅的原因，現在分別說明如左：

(1) 法規 公權的消滅，本以根據法規為前提，直接或間接依於法規而消滅；不過本項所說明的却是直接由於法規而取消的原因。所謂直接由於法規而消滅的，如同選舉法改正以後，在新法上不能享有選舉權等類。公權由於法規而消滅，本是極明瞭之事，但在既得權方面却不無問題發生。既得權

是個人依於正常的權原而取得的權利，大部分屬於私權範圍。既得權以不可侵為原則，這種權利本係存在於個人主義的法律制度之下，但也非絕對不可動搖的原則。在私權方面國家為了公益上的必要，也得反乎個人的自由意思，侵奪他的既得權；譬如要建築寬廣的馬路，就教兩旁的房屋讓進數尺，這就是侵及既得權的一種習見的成例。至於個人的公權，原本基於公益而來；那就公益和私益相衝突的時候，自然不必堅守既得權不可侵的原則了。不過既得權雖則基於公共利益上的必要原因而被侵奪，却非有法規的根據不可。并且國家依照法規而侵害既得權的時候，還得注意下列兩種情形：(a) 關於某種特定的公權，非有特定的原因不能侵奪；(b) 由於公益上的必要而制限或侵奪個人的既得權，應該給與相當的賠償。所謂某種特定的公權就是那些關於有財產上價格的公權以及有榮譽或資格的公權。有財產上價格的公權，如同公務員的俸金，雖則改正了法規也不能影響到他的既得權；關於榮譽的如同已經授給勳章或勳位的權利，關於資格的如同業經考選而取得的權利；那就須受有刑法上褫奪公權的宣告，才得喪失他的既得權。不過呢，公權<sup>裏</sup>裏面的既得權須是限於從特別的原因而取得，為個人現

實所享有；至於一般的自由權雖則也是直接根據法規而發生，但却並非特定人的特定公權，不能援用既得權不可侵的原則。

(2) 拋棄 權利能不能拋棄，在私權方面，所謂棄權行為本為法律所許；說到公權，那就國家的公權也未始不可依於行政行為而拋棄。國家的棄權行為，通常便是免除。對於人民免除他的義務；在我國最顯著的實例如同爲了天災地變的原因，豁免某一地方某年份的田賦等類。國家拋棄權利，在法規上總有一定的條件可以依據；至於行政機關雖則對於具體事實有裁量的餘地，但却不能違反法規，任意拋棄國家的公權。還有個人的公權，在原則上固然說是不可拋棄，但在實際上却未嘗不容許拋棄。爲公務員的權利，假使當事人不願繼續服務的時候，就也不能強制他享有這種公權；并且，當選國會議員以後，肯不肯應選也是出於本人的自由。學者間却有主張公權不得拋棄的原則，本是指這權利自身而言，並非指那爲權利效果的各個請求權而言。所謂各個請求權如同在選舉人名冊上登記的請求權，進入選舉場實行投票的請求權等類；選舉權固然不得拋棄，這些各個請求權自屬可以拋棄。由於請求權拋棄的結果以致喪失了選舉權，並沒有破壞公權不得拋棄



的原則。但是，這種學者的主張，在理論上頗站不住，因為把各個請求權分析出來說，本已缺乏充分理由；況且這種請求權原也是屬於公權的性質。請求權得拋棄，就是公權得拋棄了。

(3) 權利存續條件上的事實消滅 權利的成立有時以特定法律事實的存在為條件，這種特定事實消滅，權利也就跟着消滅。譬如說國籍喪失以後，那就關於一切公權自然不能享有。

(4) 權利主體消滅 這是公權和私權不同的特徵所在，因為公權屬於權利主體的一身，原則上不得讓與或繼承；所以權利主體死亡，權利就當然消滅。至於君主國家裏面，皇位和爵位的繼承，那却是一種特殊現象，不足為例。通常凡是權利人的死亡，法人的解散，都是公權消滅的原因。

(5) 行政行為 由於行政行為而消滅的公權，如同罷官，免職，停止公民權等類；不過這些行政行為必須根據法規；否則就不能限制或侵奪他人的公權。

(6) 時效 從一般的現象看來，公權雖不會由於時效而消滅；但對於財產上有價值關係的公權，有時也因法規上有時效的規定，就不免成為消滅的

原因。

(7) 褫奪公權的宣告 這是爲了犯罪而受到刑法上的處罰的結果，因而消滅了公權。褫奪公權原是一種從刑，依照我國刑法第五十六條規定，所褫奪的公權是下列五種；(a) 爲公務員之資格；(b) 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格；(c) 入軍籍之資格；(d) 爲官立公立學校職員之資格；(e) 爲律師之資格。

在權利的發生和消滅以外，還有所謂權利變更。這是不變更牠的本質，却變更牠的形態，還可分做主體變更和內容變更。公權是不許繼承和讓渡；所以不致發生主體變更問題。至於公權的內容變更，那就不外於直接根據法規上的規定，或者是由於依照法規而爲的行政處分。

## 第二章 國家的公權和個人的公權

### 第一節 國家的公權

#### 第一款 國家的公權是什麼

在十八世紀自然法學派倡導天賦人權的時候，公權和私權的分野極不明瞭，所謂權利大多指那私權而言，或者是關於個人的自由權。十九世紀以來，德國學者對於公權的性質多所研究。但是什麼叫做國家的公權呢？這是可以從兩方面加以觀察；一面是以國法上的見地說明國家的公權怎樣，一面是以私法上的見地說明國家的公權怎樣。所謂國法上的見地，那就以為國家對於人民，得以命令他，強制他，這是主權的作用。因為國家有事實上的權力，法律承認牠就叫做國家的公權。國家的公權分起類來，便是立法權，行政權，和司法權，以及一切的命令權。至於從五權憲法上說來，政府對於人民行使的立法權，司法權，行政權，考試權都是國家的公權。此外如同監察權却是國家各機關相互間權力的作用，也是國家的公權。關於權利和權力的關係，有人主張權力是公權，權利是私權，這種見解就未免不適當。因為權利本是權能，假使沒有法律上的權力做後盾，沒有制裁作用；那末，權利就不能有效存在，不過我們可以說公權內容裏的權力作用更為充分罷了。

從私法上的見地說明國家的公權的種類，要算是一種進步的學說。這是把國家的公權分做絕對權和相對權兩種；大概在私法上說明這兩種權利，絕對

權就是對世權，牠是對抗一般人的權利；相對權就是對人權，牠是對抗特定人的權利。這種分類是從義務人的觀察點上分別出來，絕對權要使一般人對於這種權利負擔義務，相對權却使特定的人負擔義務。並且，絕對權是負權利，不過要使一般人都負着一種消極的義務；相對權却是大部分屬於正權利，小部分屬於負權利。在私法方面，絕對權如同物權，相對權如同債權；現在把私法上權利分別的標準適用到公法方面；那就國家的公權也有絕對權和相對權的類別了。國家對於人民行使權利的時候，也有使得一般人民負擔着義務的，也有使得一部分特定的人民負擔着義務的。前一種叫做絕對權，後一種叫做相對權。國家的絕對權既然是對於一般人民而行使，並且也和私法上的絕對權一樣，是一種負權利，一般義務人只有消極的義務。不過呢，所謂絕對權消極的內容無非對於義務人方面而言；至於權利者本身自由由於行使權利而為積極的行爲。

國家絕對權的消極的內容具有妨害排除性和獨占性。基於妨害排除性而發生的效果是使一般人民負着不得妨害這種權利的行使的義務；基於獨占性而發生的效果，是使一般人民負着不得發生和權利者一樣的行爲的義務。

因為有了這兩種不同的效果；所以國家的絕對權更可分做公法上的物權和獨占權。所謂獨占權如同郵電，鑛產，鐵道，森林等大企業歸國家經營，成為國家的獨占事業，這是新時代中一種重大的趨勢。現代社會主義者要把國家的權力範圍擴張起來，急進的黨派主張一切生產品——土地資本，以及生產，運輸的工具等類——一齊收歸國有，由國家去管理，所有實業都成為國家的獨占事業，私有財產權就沒落在這種制度之下。極左的主張雖則沒有實現，但國家獨占權的擴張，大工業歸於社會所有等問題本已成為新經濟政策上的確定事項。國家的新職務並非重在治人却是重在治事。怎樣管理警察，怎樣訓練軍隊，不能算是國家最高尚的職務，也非行政上最重要的事項。現在一般社會主義者所最注意的却在國家應該怎樣去管理經濟的事務，怎樣運用其獨占權；於是國家的經濟行政在行政法上居於最重要的地位。

## 第二款 公法上的物權和債權

國家的絕對權在獨占權以外還有所謂公法上的物權，這種權利的內容是國家得以自己的意思支配這目的物，并且得排除一般人的侵害以及禁阻背

反國家的意思而有使用上的便宜的行爲。但是，公法上的物權這一用語究竟能不能成立呢？大概反對公法上有物權存在的學說，不外下列兩種：一種是以現實的法律爲立場；一種是以權利的性質爲立場。因爲公法上物權的觀念原本由於法國的立法例而來；法國民法上曾經列記道路，河川，港灣，要塞等類爲公所有權的目的物；於是法國學者就多承認公法上的物權。但持反對論者却以爲法國雖有這種立法例，別國却不然。各國法律無非規定民法上的物權，公法上的物權却沒有明文根據。還有一派是以法律的性質爲立場，主張國家的公權基於統治權而來，具有命令強制的的作用。所謂命令強制只能對人行使，不能對物行使，公法上的權利是對人的，却不是對物的。至於物權係屬直接對於物的權利，所以公法上不能發生物權。不過呢，根據着形式的法律條文，說明公法上物權的有無，原非確論。說到權利的性質，那就除了物權是直接對物的學說以外，也有說是權利是人格者間的關係。並且主張意思說的學者以爲意思之力是權利的內容；那末，意思之力的存在本不離人格者相互之間；因而解釋物權的性質，不脫人和人的關係。在這種解釋之下，公法上的物權何嘗不能爲了對人的命令強制關係而存在。不過物權上除了所有權以外還有其他地上

權，地役權，以及擔保物權。主張公法上有物權存在時，對於所有權固然不難說明，但關於其他一切物權統有在公法上存在的理由麼？從現實的法律上既然沒有明文可以根據，就是從權利的性質上假定一切物權無有不可在公法上設定；那就以私法上關於物權的見解去解釋的時候，一定會碰到困難。這是當然的，雖則一面承認公法上的物權，一面就不免要主張牠和私法上的物權是有區別的，但是，仔細觀察起來，——分析的觀察——承認公法上物權的學說並沒有成熟。

國家的公權既有絕對權和相對權的區別，絕對權在上面已經說明了；至於相對權就是使得特定的人民負着作為或不作為的義務。在私法上債權原是一種相對權，但有些學者却也把關於國家方面的相對權解作公法上的債權。這種債權中如同國家的徵收租稅，不可謂非要求特定的人民為財產上給付的權利；這種權利的內容未始不和私法上債權的內容一樣。不過國家的相對權關於要求特定的人民為財產上的給付，並非主要部分，這種權利的內容却常常是屬於無關財產上價格的作為或不作為；所以把牠看做公法上的債權，或者為了研究上的便利起見，却並非可以確鑿論定。並且，關於公法上的特別

關係，學者間也有認為係屬一種債權債務關係的。所謂公法上的特別關係，如同公務員，軍人等對於國家因有地位上的特殊關係，於是負有和一般人民不同的特殊義務。但是，這種權力關係比較尋常債權債務的性質却大有不同之點；尋常的債務一經履行，債權便即消滅。至於公法上的特別權力關係却不然，權利者對於義務者在一定範圍，一定時期以內，儘可繼續地行使牠的無限權利，債務者沒有拒絕履行的餘地。這種特別權力關係——也就是所謂公法上的債權——的發生無非由於一定的法律上的原因，這種權利一經成立，就非達到有了法定的消滅原因以後，不斷絕其債權債務的關係。

## 第二節 個人的公權

公權裏面有國家對於人民行使的公權，也有人民對於國家行使的公權；前一種是國家的公權，後一種是個人的公權；前一種頗有命令強制的作用，後一種却使國家的權力活動受到相當的制限。個人的公權更可分做自由權，參政權，和訴權三種：

### 第一款 自由權



自由權是人民對抗國家命令強制的一種公權，這種民權自由的精神却發揚在十九世紀。當十八世紀個人主義的自由說高唱入雲的時候，便把自由看做第二生命。因為自然法學派的努力倡導，近世紀政治上，社會上環境的遷移；於是在一七八九年法國發布人權宣言以後，自由權才受到公法的確認和保障。美國的獨立，法國的三次大革命，所爭者無非是憲法上的自由權。人權宣言第四條裏說，自由以不侵害他人的自由為限；一七九一年的法國憲法第三章第一條又說，議會不得制定有礙個人自然權利和政治權利的法律。後來各國憲法上所保障的言論自由，出版自由，結社自由，居住自由，以及書信自由等等，差不多都是法國大革命自由平等呼聲裏所產生的結果。我們從法律研究自由權的性質，那就既然是不受國家權力支配的權利；所以牠的內容並非人民積極地有為某種特定行為的權力；却是有權要求國家在法律範圍以外不得侵害。自由權的內容是消極的，國家一方面就是站在消極的地位。譬如說言論自由，並非享有言論的權利，却是國家不依法律不得侵害他的言論；集會結社自由，並非享有集會結社的權利，却是國家不依法律不得妨害他的集會結社。所謂言論和集會結社本是屬於天賦的人權，無待於法律的賦與；不過在法律

制限以外，國家負着不得侵害的義務罷了。

自由權不是權利一問題，從來學者頗有爭論。主張否定說的以爲自由權不過是制限國家的權力，不是因此發生一種個人的權利。大凡權利的觀念必有特定的內容，自由權既係自然存在，不是基於法律而發生，所以不能認爲權利。至於主張肯定說的却以爲自由權的內容是對於國家得要求其負擔不作的義務；但這種要求權的發生，未始不是由於法律而來，就也不失其權利的性質。并且，自由權還是一整個的權利，不可分割。歷來憲法上雖則多列記各種自由權，如同身體自由，居住遷徙自由，家宅安全自由，言論著作出版自由，集會結社自由，書信祕密自由，財產和營業自由，以及信仰自由等，不過從各方面觀察自由權，而爲記述的便宜，並不是分做各個獨立的權利。

在個人主義的法律制度上，自由權本是一種主要的原素。人民有自由發達他的自己身體，道德，智慧的權利，國家却沒有干涉的權力。雖則國家可以制定能夠規律個人自由的法律，但却限於適合保護人類自由的需要。可是現代的立法例漸次已有背於上述這種觀念的趨勢，而發生一種關於自由的新觀念。自由不能算做主體權利，却是一種義務的結果。各人有了這種義務，盡量發達

他的個性和能力，以便共同協作而成立社會團結。社會主義者主張制限個人自由，尊重團體自由；因為個人對於社會本有一種責任，比到天賦的自由大為重要。他去盡社會責任的時候並非單是消極的態度，也非單是限於不去侵害他人的自由。這是要有積極的行爲，各盡所能，維持或改進這公共的社會。自由在從前是權利，到現代却有責任了。生活在社會上的個人一面要發展自己的才能品格，一面要履行對於社會的應盡義務。照此結果，法律所重的是社會的整個自由，並不是個人的各個自由。

## 第二款 參政權

參政權裏面最普通，最爲這幾百年來人民所抗爭的要算是選舉權和被選舉權了。起初是男子爭得選舉權，然而財產，資格，階級，年齡，性別各方面受着嚴格的制限；於是再爭普及選舉權，爭女子選舉權。雖則歐洲大戰以後已經得到相當的解決；不過各先進民權國家舊憲法上大多是僅僅使用一個民權，選舉權和被選舉權。這種方法並不能充分行使民權，譬如是一架最初發明的舊機器，只有向前推進的力量，却沒有拉回來的力量。現時新式的方法，除了第一個

選舉權，還有第二個罷免權。人民有了這個罷免權以後，推出去還有拉回來的力量，凡是政府裏一切民選的官吏，人民一面可以選舉他們，一面就可以召回他們。孫中山在他的五權憲法裏主張人民使用四個民權，就是這一種道理；因為人民參政權裏面僅有一個選舉權是不能充分行使他們的參政權。選舉權是人民行使這個權去選出有能的人充任政府裏的官吏，罷免權就是把那些不才的官吏召回來。並且人民對於法律還有創制權和複決權，從前舊式的人民參政方法雖有一種請願權，就是人民陳述意見，請求國家採擇施行，以便改革現行的不良制度；然而這種請願的方式不過是一種人民的發言權，實際上沒有多大的效力。至於五權憲法裏的創制權和複決權，却是人民不必要用請求的方式就可直接地參與法律的創制和改良。

### 第三款 訴權

訴訟是人民保護自己權利的一種方法，訴權就是使用這種方法的公權，人民根據使用訴權的法定程序，或向司法機關，或向行政機關請求一種公平判決。訴權自身本是一種公權，且為其他一切個人私權和公權的保障，而使個人

權得以發生實際上的效果。訴權可以分做司法方面的訴權和行政方面的訴權，都是保障個人權利的安全而為有積極內容的公權。

(1) 司法方面的訴權 私人的權利被他人侵害時，向司法機關請求保護和裁判，就是一種司法訴權。但是有人主張刑事訴權是公權，民事訴權不是公權；不過民事訴權雖則為了保護私益起見，却是一樣地請求國家機關為某種行為，而使對方負着作為的義務，不該作為公權。況且這種苛細的分類論在實際上並非必要。

(2) 行政方面的訴權 行政方面的訴權有行政訴願和行政訴訟兩種不同的使用方法：行政訴訟是人民受了行政官署的違法處分以致損失權利時所提起的訴訟。國家如果設有特定的行政裁判所，像我國從前的平政院，人民就向這種行政裁判所提起；否則，就歸普通法院審理。我國現行的五院制度却是在司法院裏面設有行政法院，管轄全國行政訴訟或訴願的上訴事項。至於行政訴願是向總處分官署或其直接上級官署，訴請變更或廢止這種不當處分，并且訴願的原因也不必限於權利已被損害。

### 第三章 行政組織概論

第一節 行政機關是什麼

解決行政機關是什麼這一個問題，首先要明白什麼叫做機關。我們通常所說的機關，意義真是廣泛得很；但從法律上看起來却不外於公法上的機關和私法上的機關。公法上的機關處理國家的事務，行使國家的權力，就是所謂國家的機關了。至於私法上的機關却是私人間爲了公益或私益，基於私權而成立，如同財團法人，社團法人等私法人機關。但是，機關的意義究竟怎樣呢？私人機關不在本論範圍以內，現在有待於說明的是國家機關的性質。國家的人格化本爲現行法律制度上的一種主要觀念，這是因爲國家屬於人類的集合團體，此種集合當然具有一種共同的目的。爲了達到這共同目的而活動，就不能缺乏統一的意思。不過呢，國家雖則人格化了，得爲權利義務的主體；然而國家畢竟不是自然人，沒有心理上的意思。國家意思的造成，自必有賴於自然人；所以法律上就把造成國家意思的自然人所站在的地位，叫做國家的機關。大凡在法律上所看做法人的意思，本非法人的實際表示；這是要有一定的機關，才得產生這種意思。就是國家的意思由於站在國家機關地位的自然人依法

表示而成立，國家本沒有意思；但法律却承認自然人所表示的意思，發生國家表示意思的結果。這就是機關的作用，國家一切組織都不能離開這一種作用；假使國家沒有機關，那就意思無從發生，沒有了意思就什麼都不能活動。並且，機關並非具有單獨的獨立人格，牠和國家並非各別保持真人格；不過國家的人格因為有了機關才得表現出來罷了。

上面所說的是關於國家機關的性質，至於行政機關却是國家機關的一種。所謂行政組織本不離行政機關的組織。國家的機關有直接機關和間接機關的分別：前一種是直接根據憲法而產生，如同由於選舉的結果就取得行政首長或國會議員的地位；後一種是受了其他國家機關的委任而產生，如同行政首長以下的一切官署。行政機關既然是屬於三權分立或五權分立的機關之一，自然也可分為直接機關和間接機關。並且行政機關從來本有廣義的，狹義的兩說；廣義的包括行政首長而言，狹義的却是專指那間接機關。行政法上所研究的只有關於狹義的行政機關，就是通常所說的行政官署了。至於行政元首所處的地位原是憲法上的問題。行政法上所研究的行政機關的組織，在系統上可以分做中央組織和地方組織以及吏治組織和自治組織。中央組織和

地方組織的區別，是根據國家行政事務關於機關的權限而分，這是屬於國家的分權問題。吏治和自治的區別，是根據國家行政事務的性質而分，這是屬於國家的分治問題。要曉得中央組織和地方組織的區別，不管牠的權限是怎樣劃分，却總不離吏治的範圍，並且，中央組織是關於事務分配的制度，把全國事務支配開來，分屬於中央各機關，這本適合於高級行政；至於地方組織却是關於管轄區域的制度，把全國劃分為若干行政區——劃分的標準總不背於各地域上歷史的關係——在這區域裏面支配各機關所掌的事務。這種中央和地方分權的關係却非就是一種自治制度；因為國家的直接行政在中央官署以外設置地方官署，這些地方行政機關都有決定國家意思的權限。無論中央和地方權力的消長如何，仍舊是吏治而不是自治。至於自治組織，那就嚴格說起來——也有把牠稱做政治上的意義——自治行政是不受國家的干涉；不過通常法律上的意義，凡是自治團體在國家監督之下，基於自己獨立的意思，處理一定範圍內的事項也叫做自治，並且，國家官吏兼為自治團體的機關，也是常有的事例；不過這種自治有點名實不符罷了。

## 第二節 行政官署



行政組織由於國家行政和自治行政兩大系統而成；國家行政組織包括着行政元首和行政官署，前一種應該在憲法上研究，行政法上所要說明的是行政官署。行政官署是行政首長以下的各級行政機關，也就是國家的間接機關。現在把牠的意義，權限，組織，以及上下級間的監督關係，分款說明如左：

### 第一款 行政官署的意義

行政官署是由於行政上最高權力者的委任，對於國家事務的一部分，有法律上決定權的國家機關。這是通常所說的行政官署的意義，分別開來說，就是：

(一) 行政官署是國家的機關。機關是沒有獨立的人格，在上面已經說過了。因為國家雖則是人類團體，但却是一種形而上的觀念，並無心理上的意思能力。法律上把國家人格化了，認為權利義務的主體，實則國家既然缺乏心理上的意思能力，就不得不有賴於自然人而活動。但自然人的意思怎樣能夠成爲國家的意思呢？這是要把自然人機關化了；於是法律上設置官署，成爲國家的機關；自然人——官吏——却站在機關的地位，發表意思，被法律認爲國家的意思。國家是有獨立的人格，但機關却和人格的觀念相反。因為人格須有

爲自己生存的目的，個人和國家或其他法人都有這種目的；然而國家的機關却是爲國家而生存，自己並沒有獨立的生存目的。所以國家是權利主體，機關却不能爲權利主體；牠所主張的權利無非屬於國家所有，本身就不得享受權利。行政官署是國家的機關，也就同具這種性質。並且，官署既然是機關而不爲權利主體；所以官署的變更廢止並不影響到國家的權利義務。譬如說政府也是國家的機關，當舊政府推翻，新政府成立的時候，對外條約並不喪失效力；這就是爲了機關沒有人格，國家是權利主體，因而國家所表示的意思並不跟着機關的改廢而變動。

(二) 行政官署是對於國家事務的一部分有決定權的國家機關。行政官署雖則是國家的機關，但國家的機關並非都有事務上的決定權的；所以決定權便是官署的要素。所謂決定權就是官署對於所管轄的一部份國家事務，有表示特定的國家意思的權能：大凡行政機關——那些輔佐機關——有一部分雖是以處理國家行政事務爲目的，但却不能自行決定國家的意思，就不能稱爲官署。各部部长對於國家事務是有決定權的，所以是行政官署，其他輔佐機關如同次長等類就不是了。國民政府行政院內務部組織法第十三條規

定：「內務部部長綜理本部事務，監督所屬職員及各機關。」又第十四條規定：「內務部政務次長，常任次長輔助部長，處理部務。」第十三條所規定部長綜理本部事務就是對於這種事務有決定國家意思的權能；所以部長是國家的行政官署。至於第十四條規定政務次長和常任次長輔助部長，處理部務；那就是一種輔佐機關了。這種性質從高級行政機關到低級行政機關都是一樣的；譬如縣長能有決定權，就是行政官署，而各科科長却沒有取得這種地位，不過是一種輔佐機關。並且，所謂決定權並非專指對外決定統治權如何行使，就是關於私法上的國家行為有決定權的機關，像鐵路局，造幣廠，公賣局等類也不失其官署的地位。還有像審計院等機關對於人民雖則沒有命令權，但對內却有關於行政事務監督的決定權；所以也是官署。總之官署決定權的性質可從下列各點說明牠：(1)不必限於對外決定統行權的行使，私法上行爲亦得爲決定權的發動；(2)對內的行政監督，決定國家的意思，也是官署的決定權；(3)決定權要發生法律上的效力。就(3)項而言，那就如同政治顧問官，建設工程師等類雖有意思上決定的行爲，却不過屬於一種事實上的權限，並不發生法律上的效果，就不能叫做官署。

(三) 行政官署是由於行政上最高權力者委任的國家機關。取得行政官署的地位，通常總說是行政首長委任而來。行政首長在君主國是君主，在民主國是大總統，在五權憲法上是行政院院長；（在現行制度上行政首長究竟是行政院院長還是國民政府的合議體，在學理上還是待決問題。）但是，有些低級的行政官署不必要經過行政首長的委任，各地方行政區最高行政長官也不妨有委任的權限。現在說是行政官署是由於行政上最高權力者的委任，所謂行政上最高權力者可以從兩方面觀察，在中央是行政首長，在地方是最高行政長官；那末，說明行政官署須受委任的意義較可包括一切。不過呢，從行政系統上說起來，無論何種行政官署統是隸屬於行政首長之下；即使不是歸行政首長直接委任或受他的直接監督的低級官署，也都包括在內。在三權分立的組織上，司法官的裁判權固然是獨立的，但司法官署的地位取得，未始不由行政首長委任而來。不過現行五權分立的制度上却有點異同，立法院，行政院，司法院，考試院，和監察院成爲五個統屬的系統；譬如司法行政事務就不歸行政院管理，在司法院中設置司法行政部，一切關於司法官署的監督任免懲戒事項完全無涉於行政院院長的權限了。

## 第二款 官署的種類

官署，官職，和官吏三者雖則相類似，却有顯然的區別。官署的特徵是對外有關於國家意思的決定權；官吏和官職的構成却不以決定權為要素。大概從職務方面觀察，叫做官職，從站在機關地位的自然方面觀察，叫做官吏。有了官吏的地位，有了事務上的職守，却沒有決定權；那就不失為官吏和官職；然而不能叫做官署。但是官署也有幾種不同的種類，通常就有左列的分別：

(一) 獨任制官署和合議制官署 這是從官署構成方法上區別開來，凡是決定權專屬一人就是獨任制，屬於二人以上的合議體就是合議制。這種區別不在輔佐機關的多寡，却在決定國家意思的人是單數還是複數。譬如說部長以下還有次長，司長，祕書，參事，科長等輔佐機關；官吏雖多但決定意思的只有部長一人，那就是一種獨任制。關於獨任制和合議制在現代新式政治組織上是一個重要問題，在我國現行行政制度上也可供給我們不少的參考資料，當在下一章專篇研究。

(二) 分職制官署和分地制官署 這是從官署職務管轄上區別開來，所

謂分職制就是依照事務的性質，定出管轄的標準；分地制却把地域作為標準。最高級行政官署多從分職制，這是中樞組織實有根據事權的性質分工的必要。至於地方行政官署就採取分地制，但却當然也要兼從分職制的。現在我國中央官署的組織原是採取分職制，但像國民政府行政院組織法第一條第十二項規定蒙藏委員會，這種官署是合議制，並且也是分地制。在分職制和分地制之間還有一種折衷制；如同稅關監督署和郵政局等類。

(三) 行政官署和司法官署 這是從官署的分權形式上區別開來，屬於行政系統下的是行政官署；屬於司法系統下的是司法官署。在三權分立的組織上，這種分類形式是很明瞭的，立法部當然是除外，那就一切官署不是司法官署，就是行政官署。現在呢？行政官署和司法官署是不足包括一切了。在五權分立的系統上，我們不能把考試機關稱做行政官署；因為牠是不屬於行政院，就和不能把監察機關稱做司法官署一樣；因為牠是不屬於司法院。

(四) 中央官署和地方官署 這是從官署管轄地域上區別開來，中央官署是以全國為管轄區域；如同各院，各部；至於地方官署是以所劃分的行政區為管轄區域；如同各省省政府，各縣縣長。

### 第三款 官署的權限

官署是有決定權的國家機關，但所謂決定權却以對於國家一部分的事務爲限。在這限度以內，官署所決定而表示的就是國家的意思，而發生法律上的效力；並且，對於這限度以內的事權就叫做官署的權限。國家機關的組織上各種權限的劃分，無非依於左列三種情形而定：

(一) 事務性質上的劃分 這是官署的權限依於國家事務的性質而劃分；如同司法官署管理司法事務，行政官署管理行政事務，監察官署管理監察事務，考試官署管理考試事務。各有各的處理國家特定事務的決定權，各有各的法律上的權限。至於這些權限的劃分標準，那就無非由於事務的性質上的差別。

(二) 地域管轄上的劃分 這是官署的權限因爲地域上管轄不同而劃分；如同中央官署的權限能夠管轄全國，地方官署的管轄範圍却只限於劃定的區域。

(三) 對人權限的劃分 這是官署的權限依於被治者而劃分；因爲官署

的決定權有對於一般人民發生法律上效力，也有對於特定人發生效力。官署的行爲在法律上本就是國家的行爲，自得發生一定的效力。但是官署的行爲有適法的也有不適法的，在效力上怎樣區別呢？這是要研究這種行爲是不是權限內的行爲而加以分別論斷了。可以分做左列兩點，說明其效力怎樣：

(一) 權限內的行爲 官署的行爲當然須要適法，但在權限範圍以內，雖有不適法的行爲，只能算是取消的原因，不能作爲當然無效。對於官署權限內不適法的行爲，應該用訴願或行政訴訟等方法，請求上級官署取消。但在沒有取消以前，仍舊不失爲法律上國家的行爲，保有效力。這不僅行政官署如此，司法官署也是一樣，不適法的判決只要是司法官權限內的行爲，如果不經上訴審廢棄，上訴期間一經確定，就發生一種既判力。

(二) 權限外的行爲 官署在權限外的行爲，那就不是國家的行爲，無非官吏的私人行爲，當然不發生法律上的效力。但是，權限外的行爲和越權行爲的意義不同；權限外的行爲是不屬於官署所得行使決定權範圍以內的動作，越權行爲却不過是行使權力的過當。越權行爲本是得爲取消的原因，並非完



全無效；這是因爲官署對於自己的權限本有一種解釋權，足以自認其越權行爲的有效。不過呢，官署雖得運用其解釋權，把越權行爲解作適法行爲；但上級官署得以取消牠，人民也有訴願和行政訴訟等救濟方法。

關於官署的權限問題，因爲官署和官署間的相互關係；於是有所謂主管爭議和權限爭議。主管爭議是同一系統下的官署彼此爲管轄事權的爭執；如同甲縣縣長和乙縣縣長發生主管事務上的爭議。至於權限爭議却是不屬於同一系統下的官署彼此爲管轄事權的爭執；如同行政官署和司法官署發生權限上的爭議。

#### 第四款 官制

官制是規定國家機關的組織和權限的法規，一切官署的設置都要有官制上的根據。但是官制的制定權是屬於什麼機關呢？屬於立法機關還是屬於最高行政機關呢？換一句話說，就是官制應該用命令制定或者用法律制定呢？關於這一問題，在學說上是有左列兩種主張：

(一) 官制須以法律規定 這一說主張官制關於官署的組織和權限，具

有法規的性質。人民在官制上所規定官署的權限範圍以內有服從命令的義務。所以官制的制定就是國家和人民間發生一種新的法律關係，應該以法律定之。

(二) 官制不必以法律規定。這一說主張官制沒有法規的性質，並且對於人民並不發生法律上的關係。這不過是關於官署組織的內部事項，屬於一種單純的行政規則，所以可用命令制定。

上列兩種學說中，第二種主張官制是單純的行政規則未免誤解。因為官制上雖則也有關於官署內部組織的規定，對人民不發生法律上的關係；然而這是官制內容的一部分，並非官制的全體。官制中常有關於官署對人民發生法律關係的規定，不可謂非具有法規性質。歷來司法機關的組織和權限，總是用法律規定；至於行政官署的組織和權限，如果憲法上有明文規定，當然依照憲法辦理；否則，制定官制的權限也就屬於行政首長。不過呢，三權分立的政府，立法部擁有財政監督權；行政首長雖得用命令制定官制，但爲了預算要經立法部通過，事實上就不得受制限。因爲官制縱已制定，但預算案通不過，仍舊是不能實行。我國現在雖則沒有憲法，然而國民政府組織法上，如同第二十四條，

第三十二條，第三十六條，第四十條，第四十七條，却已各別規定行政院及各部，各委員會，以及立法院、司法院、考試院、監察院各院的組織以法律定之。又像考試院組織法第五條規定：『考選委員會及銓敘部之組織以法律定之。』監察院組織法第十四條規定：『審計部之組織以法律定之。』足見關於應該用法律規定的官制已有明文列記了。

### 第五款 官署的代理和委任

(一) 官署權限的代理 凡是本來不處於這官署的地位，却適用這官署的名義，代行其權限，這就叫做官署的代理。並且，官署的代理還有全部的代理和一部的代理之區別，全部的代理原因大概由於故障而發生；如同我國現行法上本有明文規定，國民政府組織法第十條是：『國民政府主席因事故不能執行職務時，由行政院院長代理之。』第十六條等二項是：『院長（行政院院長）因事故不能執行職務時，由副院長代理之。』其他像第二十六條第二項，第三十四條第二項，第三十八條第二項，第四十二條第二項，都有相同的規定。這種代理權是法律所授與，得為全部的代理，所有行為就和該官署的行為一

樣。在官吏方面，被代理官吏對於代理官吏的行為是不須負擔何等責任。至於一部的代理，那就並非必須基於法律而發生，不過是出於被代理官署的自己的意思，把一部分權限教所屬的下級官吏去代理。這是要發生責任問的。被代理官署雖得設定這一部分的代理關係，却要自己負責。因此，該官署一面可以教輔佐機關代理一部分權限，一面仍舊加以指揮監督。

(二) 官署權限的委任 官署權限的委任是依於法規上的規定，把一部分權限委任給下級官署去行使。委任和代理不同之點就在代理是輔佐機關代行職權，委任却是被委任機關自己行使職權。換一句話說，就是受委任的官署並非以代理的資格，站在委任官署的地位上，用牠的名義行使權限；却是居於自己官署的地位上，用該官署的名義，自行其新權限。因為代理是官署和官吏間的相互關係，屬於一時的地位變更；委任是官署和官署間的相互關係，屬於官署職權的分配關係。並且，委任和全部代理有一相同之點，對於受委任官署的行為，委任官署不負責任，就像全部代理時被代理官署不負責任一樣。

第六款 行政監督

這一款中所謂行政監督是對於官署的監督，並非對於官吏的監督；所以行政監督完全屬於上級和下級官署的關係。大凡司法作用上重在裁判權的獨立，行政作用上却重在事權的統一，這是司法機關和行政機關顯然差別的地方。行政方面既然重在事權統一，所以有類於上級機關的監督指揮。在司法行政上雖則上級司法官署對於下級司法官署也得行使監督權，但是，這種監督權的行使却無關於具體的裁判事件。司法官在裁判時認定事實，引用法律，當然是獨立而不受指揮。至於行政官署却不然，當牠依據法規，實施對於各個事件的處分時，是不是權限內的行為，是不是違法處分或不當處分，上級官署都可加以監督。這是爲了圖求行政事權的統一，行政法規的整齊，行政政策的一貫，不得不設定監督指揮的方法。不過呢，通常在行政系統下面還有幾種行政機關是行使獨立職權而不受干涉，如同審計院、行政裁判所、官吏懲戒委員會等類；但在我國現行制度上却已有了變動。審計院是隸屬於監察院系統下，稱爲審計部了。行政裁判機關和懲戒官吏的委員會是隸屬於司法院系統下，稱爲行政法院和官吏懲戒委員會。至於普通行政機關屬於行政院管轄之下，那就所受上級官署的指揮監督實爲行政組織上的要素。

行政監督有直接監督和間接監督，積極監督和消極監督的區別：所謂直接監督就是依着行政官署的階級，上級對於下級的監督；如同中央官署是上級機關，地方官署是下級機關，那就地方官署要受中央官署的指揮監督；又像同是地方官署也有高級和低級之分，高級官署就得監督低級官署。不過上級官署和下級官署必須有該管關係，才得發生監督權的作用。至於間接監督，那就並不依照有上下聯絡關係行政階級，却是一種特設的機關行使監督權；如同審計院等類，直接監督和間接監督以外，還有所謂積極監督和消極監督。積極監督又可叫做事前監督，這是爲了維持法規和公益，在事前對於下級官署的命令，消極監督又可叫做事後監督，這是對於下級官署不法或不當的爲事後的救濟。

關於行政監督的形式，雖則因爲法規上規定不同，行政官署的性質不同；未便率爾論定，但大要却不外左列數種：

(一) 指揮命令 指揮命令原是一種事先監督，上級官署或本於職權，或由於下級官署的請求，對於下級官署職務上的事項，無論是一般的或特別的，所下之命令，就屬於這一種事前監督的形式。在我國現行法上，如同行政院內

務部組織法第二條，行政院外交部組織法第二條，行政院財政部組織法第二條，以及其他各部組織法上都有對於各地方最高級行政長官執行本部主管事務有指示監督之責的規定，就是所謂指揮命令了。並且指揮命令有關於法令解釋的，也有關於指示方針的，總是出於事前的監督，而維持行政法規，排除行政瑕疵。依照民國十七年六月十一日公布的公文程式條例，指揮命令的形式可以分做左列兩種：

(1) 訓令 公文程式條例第二條第二款規定：「上級機關對於下級機關有所諭飭或差委時用之。」所謂差委本無涉於行政監督範圍，至於諭飭却是一種指揮了。不過同條例第一條規定，公布法律條例或其他法規、預算、任免官員、及有所指揮時是以令行之；那末，指揮下級官署也可以用令了。指揮命令是本於上級官署的職權而發，或為一般的，或為特別的。一般的訓令是對於一般的下級官署所下的指揮命令；特定的訓令是對於特定的下級官署，就特定的事務所下的指揮命令。

(2) 指令 公文程式條例第二條第三款規定：「上級機關對於所屬下級機關因呈請而有所指示時用之。」可見指令是上級官署為了下級官署有

所請求，因而對於特定事項所下的指揮命令，指令和訓令不同之點，在於訓令是上級官署依於職權而發，指令却是由於下級官署對於特定事項的請求而發，並且訓令可以為一般的指揮，指令却限於指揮有所呈請的下級官署。至於訓令和指令所發生的效力並無二致，下級機關一樣的負着服從的義務。指令還有對於請求指示和對於呈請核准的分別；前一種是下級官署有請求指示與否的自由，後一種却是下級官署必須有此請求的義務。上級官署對於下級官署請示或呈請核准，均得以指令行之。

關於行政上監督事務的命令，除了指揮命令以外，還有所謂服務命令，這兩種命令的性質顯然有不同的地方，分說如左：

(1) 指揮命令是上級官署對於下級官署所發的監督行政事務的命令；服務命令是主管長官對於所直轄的官吏所下的命令；前一種是官署對於官署的監督，後一種却是官吏對於官吏的監督。

(2) 因為指揮命令是官署對於官署所發的命令；所以無論上級官吏或下級官吏有更動的時候，這種命令的效力不變。至於服從命令却不然，牠是對於官吏而發，如果受命令的官吏離去官職的時候，這種命令就喪失效力。因



爲服務命令只能拘束受命令的官吏，效力不能及於某一官署或其他官吏。并且這種命令常常限於受命令官吏的特定事務，所發生的效力也是一時的存在。

(二) 行政行爲的停止和取消 上面所說的指揮命令屬於一種事前的監督方法，至於行政行爲的停止和取消却是一種事後監督，爲行政瑕疵上的救濟方法。行政行爲的取消，其效力可以溯及既往，使得已經成立的行政行爲，從始便失其效力；行政行爲的停止不過使得已經成立的行政處分，從停止日起中斷牠的效力。行政行爲的取消和停止是一種獨立形式的監督方法，上級官署能夠根據法規，直接把下級官署的不法行爲或不當行爲，取消牠或停止牠。不過有時候上級官署並不直接取消或停止，却可以命令下級官署自行將這種不法或不當的取消牠或停止牠。民國十七年四月廿七日公布的修正省政府組織法第四條規定：『省政府對於所屬各機關之命令或處分認爲有違背法令，逾越權限，或其他不當情形時，得停止或撤消之。』這就是地方最高行政官署對於下級官署依於法規所行使的監督權。所謂其他不當情形，那就凡是違背法規，愈越權限以外的行爲，而有反於一般公益或侵害特定人利益情

事，也是足以發生行政瑕疵，得為撤消或停止的原因。並且，關於地方最高行政官署的不法行為，中央官署也有監督的權限。據行政院內政部組織法第三條規定：「內政部就主管事務，對於各地方最高級行政長官之命令或處分，認為有違背法令或逾越權限者，得由行政院院長提經國務會議議決後，停止或撤消之。」這一條很有可以注意之點；因為內政部對於各地方最高行政長官所為的行政監督，非但內政部不能直接行使這種權限，就是行政院也須提請國務會議議決，然後才得停止或撤消各地方最高級行政長官的命令或處分。中央官署對於地方最高行政官署所行使的監督權，說是要國務會議議決施行，這是我國現行制度上的特徵。

(三) 訴願的裁判 訴願是對於行政瑕疵的救濟方法。因為人民不服行政官署的不當或不法處分，就向該管上級機關訴願；於是上級機關加以裁決，也是一種行政監督的方式。行政訴訟是要歸司法院中行政法院受理，所以不能算做行政監督；至於訴願那就人民得向直接上級官署請求救濟。

(四) 主管爭議的解決 凡是屬於同一系統的機關，對於所主管的事務，發生權限上的爭議，這是叫做主管爭議。並且，主管爭議可以分做積極爭議和

消極爭議兩種：積極爭議是兩同級官署互爭該管事務屬於自己權限以內；消極爭議却是兩同級官署互爭不屬於自己權限以內。對於這種爭議，上級機關有解決的權限。有時不同級的官署發生這種問題時，那就上級官署可以自行決定。

(五) 事務的報告和檢查 所謂事務的報告就是上級官署命令下級官署報告事務上的成績；事務的檢查，就是上級官署派員檢查下級官署辦事的實在狀況，或檢閱其檔案冊籍。這兩種監督方法都是通常所慣用。並且，監察院對於各官署也有這種檢查權限，如同監察院組織法第四條規定：『監察院得隨時派員分赴各公署及其他公立機關，調查檔案冊籍，遇有疑問，該主管人員，應負責為詳實之答覆。』這種雖則是獨立的監察權作用；但在實質上未始不和行政監督同其性質。

(六) 職務的代執行 官署的權限須依照法規上的規定，不能任意違反；所以上級官署對於下級官署職權內的事務，通常是不得代為執行。不過呢，關於下級官署的權限，有時為了故障，下級官署不能行使；那末，上級官署依於法令上明文規定，就得起而代為執行了。這原是一種非常監督，並不是官署的代

理，也非越權。

關於行政監督上還有一點須要注意的，就是上面所說無非指那上級官署監督下級官署而言；然而對於官署的監督比較對於官吏的監督是有區別的。要曉得對於官署的監督是權限的監督，由上級指示下級應該怎樣行使牠的職權，方能適合法規，增進公共利益；對於官吏的監督是服務規則的監督。涉及官吏對於國家所負擔的特別義務，所以在國家機關所受的監督，那就對於外部行為有指示、撤消、或停止的效力；在官吏所受的監督，那就對於這義務主體有服務命令和懲戒的效力可以發生。這兩種監督的性質既然互異，行使監督權的機關也就互有不同了。大凡對於官署的監督，那就在行政系統上，行政院各部，各委員會關於主管事務都有指示監督的權限；但對於官吏的監督，除了主管長官以外，行政院中只有內政部可以監督各地方官吏，如同行政院內政部組織法第九條規定民政司職掌事項，內中有一款便是，「關於地方官吏之獎懲事項。」這就是監督行政官吏的權限了。在省府方面也是這樣，監督官吏的事項是自民政廳掌理，但其他各廳對於下級官署得發廳令，自有就主管事務行使指示監督的權限。修正省政府組織法第九條規定民政廳掌理事務，

內中有一款便是，「關於縣市行政官吏之任免及監督事項。」可見在省行政上監督官吏的事項是專屬於民政廳的。

### 第七款 政務官和事務官的區別

政務官和事務官這兩個名詞，近年來在一般民衆已經是聽慣了。可是什麼叫做政務官或事務官呢？政務官和事務官的區別怎樣呢？爲什麼要把政務官和事務官區別開來呢？關於這些問題，在目前研究行政法，似乎值得加以簡單的說明。政務官和事務官的區別原是英國政治上的特徵；因爲英國的吏治是採取長期官吏制度；然而英國的中樞政治却是政黨政治，內閣跟着政黨動搖，當然有一部分官吏是不能包容在這種官吏制度之中。所以英國必須把官吏分做政務官和事務官，並且這種分類是一點也不含糊。所謂政務官就像那些內閣閣員，產生於國會的多數黨，他的職權是決定國家的根本大計和一切政策方案，並且對於各種國家行政事項加以指示監督。這些政務官組織所謂政黨內閣，跟着國會多數黨爲進退，並無一定的任期。至於事務官，那就他的職務在於執行國家決策機關所決定的政策方案，依照法規行使他的權限；他的任

用都是出於考選；他的任期是有法律保障，並非要受到那國會裏多數黨和少數黨勢力消長的影響。英國的事務官一面是不去捲入政爭的漩渦，一面是得到不以政黨為進退的保障，這種習慣法的養成已有好多年的歷史。政務官要依賴國會中多數黨的勢力，維持他的地位，這是表現出政黨內閣，政黨政治的精神；但在另一方面，事務官不因某一政黨的選舉成功和失敗影響他的地位，這是英國吏治制度的長處。

我國現在頗有政務官和事務官要區別的理論，雖則法律上沒有把這兩者權限地位怎樣分別顯示出來的明文，不過因為我國現時政治組織根本上就和英國不同；所以政務官和事務官地位上區別的觀念就不能和她一樣，這是不錯的。我國是以黨治國，英國也是黨治的國家；然而所謂黨治的意義却大有不同，國民黨要一黨專政，黨外別無他黨；英國卻有三大政黨交換地組織內閣；所以在英國政務官和事務官分類的意義上，有所謂政務官跟着政黨而進退，事務官却不受黨的影響。這種意義在我國現行政治組織上是不適合的。國民黨以外既然沒有第二黨存在，那就政務的去留當然不會發生多數黨或少數黨的問題了。政務官和事務官的地位沒有什麼區別；事務官的地位須受法律

保障，政務官也未始不可受保障；因為政務官的去職除了基於法律上原因受監察委員彈劾以及被國民大會召回以外，他的地位也是不得輕易動搖。在法律上當然可以規定政務官的任期，就是把她定做終身職，也並不有背於現行政治組織上的原則。關於事務官，在一黨治國的國家，官吏和黨是有密切的關係，並且有服從黨綱黨義的責任；所以在政務官和事務官分類的意義上，我國和英國在關於政黨方面應該分別觀察，不能說是英國官吏的地位怎樣，我國官吏便也是怎樣了。

## 第四章 行政合議制

### 第一節 合議制的利害問題

行政官署的組織上有合議制和獨任制的區別，凡是行政機關的職權由於一個人去行使，這就叫做獨任制，也有稱為首領制的。如果行政機關的職權不屬於一個首領，却由二人以上所組成的合議體操有決定權，那就是合議制了，還可叫做委員會制。並且，合議機關所行使的權限，屬於這整個的合議體，並非屬於各個組成合議體的分分子。合議體員各個立於平等地位，却不能單獨行使職

權。立法機關向來是採取合議制。司法機關方面從第二審起也是組織合議制的法庭。至於行政機關採用這種合議制，在理論上近來雖則甚囂塵上，但實例還不甚多見。究竟行政組織是獨任制好呢？還是合議制好呢？學者間的意見也有正反兩面，關於合議制的利害問題，在通常的理論上如同左列：

(一) 合議制的長處 主張合議制以爲這種制度具有左列各種優點：

(1) 合議制可以掃蕩專制政體的遺毒，凡是從君主國改造而爲民主國的時候，君主獨裁式的傳統思想還沒有排除乾淨；合議制足以防止帝制的復活；

(2) 獨裁式的行政組織不免要流於專制，大概行政權膨脹的結果，每每侵害司法權的獨立，妨害立法權的行使，以致民權失其保障；至於合議制之下，那却行政職權的實施要取決於多數，就不容易發生這種專斷的流弊；

(3) 合議制可以補救行政人選的缺陷；因爲獨任制把行政機關的職權託付於一人，如果人選不得其當，那就難免貽誤國家事務，合議制却不然。

(二) 合議制的短處 反對合議制的以爲合議制具有左列各種劣點：

(1) 合議制處理事務，必須經過一定的程序，因而行動上就不能敏捷；每有



重要急迫的行政事項爲了行政機關的動作遲緩，以致窮於應付；

(2) 合議制上負責任者是整個的合議體，組成這合議體的分子不須獨任其責；那末，責任既不專一，並且合議的結果是要取決於多數，就容易發生黨派的意見，使得行政事務的進行受到重大的不良影響。

歷來關於合議制和獨任制無一些學說，大概是對於最高行政組織——行政首長應該是合議制或是獨任制——而言；所以上面所說合議制的優點在於防止帝制的復活，却是完全無關於地方行政組織的。現在因爲各省省政府的組織採用合議制，我們又在此研究行政法；那末，我們所注意的尤其在行政官署的構成應該用合議制或者用獨任制了。簡單地說，獨任制的弊害在於專斷，但很有辦事敏捷的好處；合議制的好處在於富有民治精神，但却有辦事遲緩的弊害。一般主張行政獨任制的都以爲行政機關處理事務貴在敏捷有決斷，所以不宜於合議制。但在我看來——在這兩種制度上如果要選擇一種，那就合議制勝於獨任制——合議制的弊害決不在牠處理事務的遲緩；因爲我們所需要的合議制，原本是希望組成合議體的各委員，能夠忠於職務，能夠每天不擅離職守，能夠一心一意的做他們的委員，能夠每天開一次例會，有必要

緊急的事務就得臨時召集會議；那末，處理事務也斷不會怎樣緩慢了。至於組成合議體的分子一身兼職纍纍，甚至兼職兼到數千里以外；於是常常要離去他的官職，照這樣情形，就是獨任制也難收敏捷之效了。在這種不嚴肅的政治狀態之下所產生的不良結果，絕對不容歸罪於合議制。總之，處理事務不能敏捷的弊害並非合議制的根本缺點，實在由於人選的不良，所謂人選不良，就是獨任制也不會有好成績。所以不談人的問題，單就制度而論，那就多數人的結晶意旨必定勝於一個人的專斷意旨。

施行合議制的時候，如果沒有良好的組織法，那就還會發生一種絕大的流弊，就是名義上為合議制，實際上仍舊不失為獨任制，所謂主席也者仍舊是大權在握。一個省政府的主席並非不能把他變做一個行使一省最高行政權的省長。大凡一種舊制度改革而成一種新制度，常常是更變牠的形式，却沒有動搖牠的精神；然而，在這種演化的過程之中所留給我們惡劣的，不滿人意的現象，斷不是制度之罪。世界上施行行政合議制成功的國家自然要推許瑞士，她不僅在中央行政組織上採用這種制度，就是各州行政組織也是合議式。瑞士施行行政合議制的成功，其原因所在也有由於瑞士民族數百年來受慣民治

的訓練，也有由於各種政治制度都尙完備，就能相互助其成功。要曉得合議制原是一個概括的名詞，至於施行時却還需要嚴密的組織方法。組織法上有了缺陷，或者是構成合議體的委員沒有適當的任用方法，或者是主席委員居於優越的地位，或者是沒有完備的法規拘束行政機關的行動；那末，合議制的失敗也是意中事。

## 第二節 我國現行的合議制

我國現行制度在中樞組織上，國民政府的國務會議是合議制，五院院長是獨任制，行政院各部是獨任制，各委員會是合議制；在地方組織上，那就最高地方行政官署也是合議制。國民政府組織法第六條規定：「國民政府設主席委員一人，委員十二人至十六人。」又第七條規定：「國民政府五院院長副院長由國民政府委員任之。」這是國府委員一面爲組成國府合議體的一員，同時兼管一院院務。至於最高地方行政官署的合議制組織，那就依據修正省政府組織法第五條規定：「省政府由國民政府任命委員九人至十三人組織省政府委員會，行使其職權。」又第十七條規定：「省政府設主席一人，由國民政府

就省政府委員中指定之，」並且省政府下設置民政、財政、建設各廳，所有各廳應務是否必須由省政府委員兼管；雖則沒有明文規定，但事實上總是省政府委員兼任廳長。

關於行政委員一面爲合議體組織分子，一面主管一部事務，是不是一種適當的合議制，確已成爲一個問題。王世杰氏在他的行政合議制（見社會科學季刊第三卷第一號）一文結論裏說：「第二，就行政合議機關自身的組織而言，則法之執政委員會將行政機關的決議權與行政機關的執行權完全分開，在理論上似較優於其他諸制。羅馬康修爾制，承認兩個康修爾各能獨立行動，自不免失却合議制之精神；然如瑞士制之令聯邦委員會委員各兼一部部務，或如蘇俄制之令人民委員會大部分委員各兼一部部務，亦足使行政合議機關所決定之政策難於貫徹。何則？行政合議機關所決定之政策，事實上自然不能常是該合議機關全體一致之主張，而往往只是該合議機關多數分子之主張。由是，該機關之分子如復兼管部務，則依於執行該合議機關的諸種決議之時，對於彼所反對之決議案，便或不肯誠意援助其執行，甚或從事於不利於該種決議之諸種動作。果爾，則前述行政合議制之一個重大流弊——行政政策

之不易貫徹——便要變本加厲。法之執政委員會制，係將行政機關的決議權與行政機關的執行權完全分開；決議權屬諸數個委員所組織的執行委員會，執行權則付諸執政委員會以外幾個主管部務的事務官。在這樣的組織之下，雖行政合議機關含有合作精神較形缺乏之分子，而行政合議機關之政策，於實施上仍或可以避免種種不統一的現象。」

王世杰氏主張構成行政合議體的分子不該兼管部務，行政機關的決議權和行政機關的執行權要完全分開。在他所主張的理由以為可以救濟「行政政策之不易貫徹」的一個重大流弊；但是，我却以為執行權和決議權不分開的最大流弊在於容易壟斷政權。決議的是他，執行的也是他，將使一切行政上的權力集中在少數官吏手上。我常常說就我國現狀看來，決策的政務官和執行的事務官應該區別的理由，不在政黨的變動怎樣影響到牠的地位，却在這些職權有分掌的必要，所謂職權的分掌，並非僅把政務官和事務官的名稱以及行政機關的決議權和執行權的名稱分將開來便算了事；最重要的却要把站在政務官或事務官地位上的自然人完全分開。至於行政合議機關有決議權的官吏兼管部務，並且擴張兼管範圍，一變而為兼職；於是這一決策機關

官吏不僅做本行政區的事務官，還要兼職兼到別一地方行政區域；困難就越大。大概採用行政合議制時，如果在憲法上規定最高行政委員會委員兼管一部部務，那就依着法治的軌道，也不會發生什麼重大弊害；最可慮的是政制混雜，機關林立，政務官和事務官的界線，已經不甚分得清楚；再加站在各種機關地位上的却差不多就是這幾個有數的官吏。這種現象，在我們研究公法時覺得已經碰到最困難，最不容易解釋的問題了。

## 第五章 中央行政組織

### 第一節 國務會議

繼續中華民國治權的是國民政府，由行政院、立法院、司法院、考試院和監察院五院組織而成。國民政府設委員十二人至十六人，五院院長和副院長即由國府委員兼任，並且這些委員組織國務會議，處理國務。國民政府委員一面兼任各院院長，構成獨任制的最高機關；一面組織國務會議，却是一個合議體。現在把國務會議的地位、組織、和權限說明如左：

(一) 國務會議在國府組織法的地位 國民政府組織法第二、第三、第四

條規定，國民政府有下列的權限：(1)統率海陸空軍；(2)行使宣戰、媾和及締結條約之權；(3)行使大赦、特赦及減刑、復刑之權。這些在三權政府的組織上本來都是國家元首的權限，現在依據國府組織法第十一條第一項規定，却已劃歸國務會議行使。在國府組織法上並沒有獨任制的國家元首，國務會議就是一種合議體組織，相當於從來元首在國法上的地位。把國務會議和我國舊制度上國務院一相比較，那就立即可以發見在國法上地位的懸殊。像民國元年的中央官制是遵照臨時約法，採用內閣制度。國務院是各個國務員組織而成的合議體。據國務院官制第九條規定，所有下列事項要經國務會議議決：如同(1)法律案及赦令案，(2)預算案及決算案，(3)預算外之支出，(4)軍隊之編制，(5)條約案，(6)宣戰、媾和事件，(7)簡任官之進退，(8)各部權限之爭議，(9)依法令應經國務會議議決事項，(10)參議院咨送人民請願案，(11)國務總理或各部總長認為應經國務會議事項。那時國務會議所處的地位也可以說是等於現在國府組織法上的行政院會議；雖則從前國務院的國務會議還能議決條約案以及宣戰、媾和事件。總之，五院制上的國務會議是有國法上國家元首的地位；至於舊制國務會議却不過和現在行政院會議同其地位罷了。

(二) 國務會議的組織和權限

(1) 國務會議的組織

(a) 國務會議由國民政府委員組織之；

(b) 國民政府的主席爲國務會議的主席。

(2) 國務會議的權限：

(a) 國民政府以國務會議處理國務；

(b) 院與院間不能解決之事項，由國務會議議決之；

(c) 公布法律命令，經國務會議議決。

## 第二節 行政院

### 第一款 行政院的組織

行政院是國民政府最高行政機關。從國民政府組織法和行政院組織法上觀察行政院的組織，可以分做左列三點加以說明：

(一) 行政首政是獨任制。行政院設院長副院長各一人，（國府組織法第十六條第一項）這是一種獨任制的組織。行政院是國民政府最高行政機



關，行政院院長就也處於行政首長地位。並且，行政院院長一面是國民政府委員之一，為構成國務會議合議體的組織分子，一面却是獨任制的行政官署，總攬行政事務的決定權，指揮全院院務及其所屬機關。（行政院組織法第三條）

也（二）各部行政職權的分掌 行政院分設下列各部各委員會：(1)內政部，(2)外交部，(3)軍政部，(4)財政部，(5)農墾部，(6)工商部，(7)教育部，(8)交通部，(9)鐵道部，(10)衛生部，(11)建設委員會，(12)蒙藏委員會，(13)僑務委員會，(14)勞工委員會，(15)禁烟委員會。各部設部長一人，政務次長，常務次長各一人。各委員會設委員長，副委員長各一人。統由行政院院長提請國民政府分別任免。

（三）秘書處和政務處 行政院設左列兩處：

- (1) 秘書處 秘書處設置下列各職員：(a) 秘書長一人，(b) 秘書六人至十人，(c) 科員十人至二十人。
- (2) 政務處 政務處設置下列各職員：(a) 政務處長一人，(b) 參事四人至六人，(c) 科員八人至十六人。

第二款 行政院的職權

行政院各部分掌行政職權，關於特定的事項，得設委員會掌理。各種行政事項也有歸各部，各委員會自行處理的，也有歸行政院會議議決後處理的。所謂行政院會議是由行政院院長、副院長、各部部长、以及各委員會委員長組織起來。行政院院長做主席。至於應由行政院會議議決的事項如同左列：

- (一) 提出於立法院之法律案；
- (二) 提出於立法院之預算案；
- (三) 提出於立法院之大赦案；
- (四) 提出於立法院之宣戰案、媾和案、條約案、及其他重要國際事項；
- (五) 薦任以上行政官吏之任免；
- (六) 行政院各部及各委員會間不能解決之事項；
- (七) 其他依法律或行政院院長認為應付行政院會議議決事項。

國府組織法第十四條規定：「各院得依據法律發布命令。」足見行政院是有制定命令的權力，並且，第二十三條還規定：「行政院各部及各委員會得依據法律發布命令。」照這兩條看來，行政院所發布的命令和行政院各部及各委員會所發布的命令在性質上有沒有差別呢？要曉得歷來關於命令的種類

本有緊急命令、獨立命令、執行命令和委任命令的區別。（關於命令的性質、種類和作用，待後再詳。）不過獨立命令是屬於君主大權，只有日本還保有這種命令權，緊急命令也為一般憲法上所屏絕；我國行政院的命令權當然是屬於委任命令了。各部，各委員會所得依據法律而發布的命令也是一樣。

### 第三節 行政院各部各委員會的組織和職權

（一）各部各委員會的組織 各部，各委員會的組織大要如同左列：

(1) 內政部 管理全國內務行政事務，設置下列各司：(a) 總務司，(b) 統計司，(c) 民政司，(d) 土地司，(e) 警政司，(f) 禮俗司。設司長六人分掌各司事務。

(2) 外交部 管理國際交涉，及關於在外僑民，居留外人，中外商業之一切事務，設置下列各司：(a) 總務司，(b) 國際司，(c) 亞洲司，(d) 歐美司，(e) 情報司。設司長五人，分掌各司事務。

(3) 軍政部 掌管全國陸海空軍行政事宜，設置下列各署處：(a) 陸軍署，(b) 海軍署，(c) 航空署，(d) 軍需署，(e) 兵工署，(f) 審查處。各署處各設署處長一人，各署並各設副署長一人。

(4) 財政部 管理全國財務行政事宜，設置下列各署司處：(a) 關稅署，(b) 鹽務署，(c) 總務司，(d) 賦稅司，(e) 公債司，(f) 錢幣司，(g) 國庫司，(h) 會計司，(i) 菸酒稅處，(j) 印花稅處，(k) 捲菸統稅處。設署長二人，司長六人，處長三人，分掌各署司處事務。

(5) 農鑛部 管理全國農林鑛行政事務，設置下列各司：(a) 總務司，(b) 農政司，(c) 林政司，(d) 鑛政司。設司長四人，分掌各司事務。

(6) 工商部 管理全國工商行政事務，設置下列各司：(a) 總務司，(b) 工業司，(c) 商業司，(d) 勢工司。設司長四人分掌各司事務。

(7) 教育部 管理全國學術及教育行政事務，設置下列各司處：(a) 總務司，(b) 高等教育司，(c) 普通教育司，(d) 社會教育司，(e) 編審處。設司長四人。教育部還設置大學委員會，依大學委員會組織條例，決議全國教育及學術上重要事項。

(8) 交通部 管理并籌辦全國電報、郵政、航政、及監督民辦航業，設置下列各司：(a) 總務司，(b) 電政司，(c) 郵政司，(d) 航政司。設司長四人，分掌各司事務。

(9) 鐵道部 管理并建設全國國有鐵道，規劃全國鐵道系統，及監督商辦

鐵道，設置下列各司：(a)總務司，(b)理財司，(c)管理司，(d)建設司。設司長四人分掌各司事務。

(10) 衛生部 管理全國衛生行政事務，設置下列各司：(a)總務司，(b)醫政司，(c)保健司，(d)防疫司，(e)統計司。設司長五人，分掌各司事務。

(11) 建設委員會 建設委員會是依據國民政府組織法第十七條的規定組織之。凡是行政院各部部長及各省建設廳長均為建設委員會當然委員。并且，除了當然委員以外，再由國民政府聘請若干人充任充任委員，就這些委員裏面任命委員長和副委員長各一人。

(12) 蒙藏委員會 蒙藏委員會是依據國民政府組織法第十七條第二項及行政院組織法第一條第十二款之規定組織之。該委員會設委員長，副委員長各一人，委員九人至十五人，統歸國民政府任命。該委員會設置下列各處：(a)總務處，(b)蒙事處，(c)藏事處，各置處長一人；并且，得在北平設立辦事處，置處長，副處長各一人，秉承委員會辦理蒙古、西藏行政及各種興革事宜。

(13) 僑務委員會 僑務委員會設置委員長，副委員長各一人，委員若干人，由國民政府任命。該委員會設置下列各處：(a)秘書處，(b)普通僑務處，(c)文化

事業處。(b) (c) 兩處各設處長一人。有時爲了事務上的必要，僑務委員會得派僑務專員或視察員。

(二) 各部各委員會的職權 關於各部，各委員會的權限分別說明如左：  
(1) 各部的行政監督權 行政院各部對於各地方最高行政長官就主管事務都有監督權如同左列：

(a) 對於各地方最高級行政長官執行本部主管事務，有指示監督之責；  
(b) 就主管事務對於各地方最高級行政長官之命令或處分，認爲有違背法令或逾越權限者，得請由行政院院長提經國務會議議決後停止或撤消之。

(2) 各部的命令權 根據國府組織法第二十三條規定，行政院各部都有依據法律，發布命令的權。

(3) 各委員會的職權 根據已經公布的建設委員會組織法，蒙藏委員會組織法，僑務委員會組織法。關於這三種委員會職權的規定是：

(a) 建設委員會 建設委員會的職權如同：建設委員會組織法第二條。

(甲) 根據建國方略、建國大綱、三民主義，研究和計劃關於全國建設事業；

(乙) 水利、電氣和其他國營事業不屬於各部主管者，均歸建設委員會辦理；

(丙) 民營電氣事業的指導、監督、改良，屬於建設委員會；

(丁) 國營事業屬於各部主管而未會舉辦，建設委員會得經由主管部同意辦理之；

(戊) 建設委員會創辦的事業，仍舊歸建設委員會完成。

(b) 蒙藏委員會 蒙藏委員會所職掌的事務如同蒙藏委員會組織法第二條。

(甲) 關於蒙藏行政事項；

(乙) 關於蒙藏之各種與革事項。

(c) 僑務委員會 僑務委員會掌理關於本國在外僑民移殖、保育一切事務，但却以不和駐外使館、領館及各院部會職權相抵觸者為限。僑務委員會組織法第一條。

(三) 各部長各委員長的權限。

(1) 各部長的權限 行政院各部部长的權限，可以列記如左：

(a) 得列席於國務會議和立法院會議，但政務次長，常任次長却無此權；

(b) 為組織行政院會議之一員；

(c) 綜理本部義務，監督所屬職員及各機關；

(d) 政務次長和常任次長輔助部長，處理事務。

(2) 各委員長的權限 行政院各委員會委員長的權限可以列記如左：

(a) 委員長執行委員會議決的事項；

(b) 委員長在委員會開會時為主席；

(c) 委員長因事故不能執行職務時，由副委員長代理。

## 第六章 地方行政組織

### 第一節 省行政組織

#### 第一款 省政府組織



(一) 省政府委員會 省政府是地方最高行政官署。採用合議制，設省政府委員會，由國民政府任命委員九人至十三人，組成這合議體，行使其職權。

(二) 省政府主席 省政府設主席一人，由國民政府就省政府委員中指定。

(三) 省政府各廳處 省政府下設有(a)秘書處，(b)民政廳，(c)財政廳，(d)建設廳。在必要的時候得增設農墾廳，工商廳，並且，除了試行大學區制的省區以外，省政府下還設有教育廳。大凡在試行大學區制的省區。所有教育廳事務由各該區大學依大學區組織條例管理。在沒有設有設立農墾廳或工商廳的省區，那就關於該二廳的事務，統歸建設廳管理。

(四) 省政府委員會的例會和特別會 省政府委員會集會除了例會以外，如有委員三人以上的提議，或主席認為必要，就得由主席召集特別會。當集會的時候，省政府委員不得派代表出席。

## 第二款 省政府各機關職權的分配

(一) 省政府 省政府的職權如左：

(1) 依照中國國民黨黨義及中央法令綜理全省政務；  
(2) 在不牴觸中央法令範圍以內，對於省行政事項得發省令；  
(3) 對於所屬各機關的命令或處分，認為有違背法令，逾越權限，或其他不當情形時，得停止或撤消之。

(二) 省政府主席 省政府主席的職權如同：

(1) 執行省政府委員會之決議案；

(2) 處理省政府日常事務；

(3) 召集省政府委員會之例會。

現在省政府關於處理例行事務，還有常務委員的設置。至於省政府主席因事故不能執行職務的時候，得由省政府委員會互選一人，暫行代理主席職務，不過這種代理行為除了國民政府明令特許以外，却以一個月為限。

(三) 省政府所屬各機關 省政府所屬各機關職務的分配，如同左列：

(1) 秘書處 秘書處所掌理的事務是：(a) 關於一切機要及省政府委員會會議事項；(b) 關於撰擬、保存、收發文件事項；(c) 關於省政府委員會會計事項；(d) 關於編製統計及報告事項；(e) 關於紀錄省政府各廳處職員之進退事項；

(f) 關於典守印信事項；(g) 其他不屬於各廳事項。

(2) 民政廳 民政廳所掌理的事務是：(a) 關於縣市行政官吏之任免及監督事項；(b) 關於地方自治事項；(c) 關於地方行政區劃之確定及變更事項；(d) 關於警政及公共衛生事項；(e) 關於保衛團事項；(f) 關於選舉事項；(g) 關於賑災及其他社會救濟事項；(h) 關於禮俗宗教事項；(i) 關於禁烟事項；(j) 關於各種土地登記、收用及其他土地行政事項；

(3) 財政廳 財政廳所掌理的事務是：(a) 關於省稅及省公債事項；(c) 關於省政府預算、決算事項；(c) 關於省庫收入事項；(d) 關於公產事項；(e) 其他省財政事項。

(4) 建設廳 建設廳所掌理的事務是：(a) 關於公路、鐵路之建築事項；(b) 關於河工及其他水利工程事項；(c) 關於建築新市、新村事項；(d) 關於各種土地之測量及其他土地建築事項；(e) 其他建設事項。

(5) 農墾廳 農墾廳所掌理的事務是：(e) 關於農業、漁業、畜牧、森林之一般保護、監督、及獎進事項；(f) 關於農業、漁業各團體之組織指導事項；(g) 關於農村改良事項；(d) 關於佃夫地主間之爭議事項；(e) 關於墾業之一般保護監督

事項；(f)關於鑛務警察及鑛工待遇事項。

(6)工商廳 工商廳所掌理的事務是：(a)關於工商業之一般保護、監督、及獎進事項；(b)關於工廠事項；(c)關於商埠事項；(d)關於商品之陳列及檢查事項；(e)關於度量衡之檢查及推行事項；(f)關對勞工團體事項；(g)關於商會及其他商人團體事項；(h)關於勞資爭議事項。

### 第三款 省民政廳行政會議

各省民政廳爲了劃一和促進本省訓政工作起見，就可以召集全省行政會議，關於全省行政會議的組織、會期、會議程序和議案範圍分別說明如左：

- (一) 全省行政會議的組織 全省行政會議由於左列會員組織而成：
- (1) 民政廳長，主任祕書，各科科員，視察員；
  - (2) 各縣縣長；
  - (3) 本省各省市市長；（未成立市政府的省會所在地得由公安局長列席。）
  - (4) 民政廳直轄附屬機關之長官；
  - (5) 其他與內政有關之各機關臨時選派委員各一人；

(6) 民政廳選聘之專家二人至四人。

除了上述會員以外，並得由內政部及省政府派員參加會議，為列席會員。

(二) 全省行政會議的主席 全省行政會議設主席，副主席各一人；主席由民政廳長擔任，副主席從列席會員中投票互選出來。

(三) 全省行政會議的會期 全省行政會議每年在省會舉行一次，由民政廳長定其時期，並須分報省政府，內政部備案。但是，有時為了事實上或地理上的關係，關於這種行政會議也得分期或分區召集；不過要以各縣縣長都能分屆到會為限。像我國現在省行政區域如此廣大，一次舉行全省行政會議，使各縣縣長一律到齊，在事實上常有不便利情形；所以分期或分區召集也是因時因地制宜的辦法。

(四) 全省行政會議的議案範圍 全省行政會議的議案範圍不出左列三種：

- (1) 民政廳交議者；
- (2) 出席會員提議者；
- (3) 各團體之建議經會員三人以上連署紹介者。

(五) 全省行政會議的議事程序。

(1) 開會 全省行政會議須有會員過半數報到，方得正式開會。

(2) 表決 議案的表決，取決於出席會員的多數；可否同數時，取決於主席。

## 第二節 縣行政組織

### 第一款 縣政府及其所屬機關的組織和職權

(一) 縣政府 縣政府的設置分等，和其職權怎樣，依於立法院所通過的縣組織法分別說明如左：（根據報載二讀通過原文。）

(1) 縣政府的設置 縣的區域依照現有的區域，每縣設一縣政府。

(2) 縣政府的分等 各縣縣政府按照區域的大小，事務的繁簡，戶口和財賦的多寡，分做三等。這種等級的劃分由政府編定，咨內政部呈行政院，請

國民政府核準公布。

(3) 縣政府的職權 這可分做左列幾項：

(a) 在省政府指揮監督之下，處理全縣行政，監督地方自治事務；

(b) 在不牴觸中央和省的法令範圍以內，得發布縣令，並得制定縣單行

規則；

(c) 關於區和鄉鎮區域的劃定和變更，得由縣政府呈請省政府核准行之；

(d) 關於不足戶數的閭鄰，得由縣政府劃定。

(二) 縣長 縣政府設縣長一人，這是獨任制的官署。關於縣長的職權、任用、民選、任期等項，說明如左：

(1) 縣長的職權 綜理縣政，監督所屬機關及職員。

(2) 縣長的任用 由民政廳提出合格的人員二人至三人，經省政府議決任用。所謂合格的人員，那就依據國府組織法第三十七條第二項，應該由考試院考選；不過在中央考試院沒有依法行使考試權以前，得由國民政府依照縣長考試暫行條例委託各省政府在各省舉行。所有考取縣長便是縣組織法第十一條所稱合格人員了。

(3) 縣長的民選 縣長本該是民選的，由省政府任用無非是訓政時期內的暫行辦法。如果各籌備自治之縣，已經到達建國大綱第八條所規定的程度，經中央查明合格以後，便得由人民選舉縣長。

(4) 縣長的任期 縣長的任期是三年，但考核有成績的可以連任。

(三) 縣政府所屬各機關 縣政府下設置左列各局：

(1) 公安局 掌管戶籍、警衛、消防、防疫、衛生、救災、和保護森林漁獵等事項。

2) 財政局 掌管徵稅、募債、管理公產和其他地方財政等事項。

(3) 建設局 掌管土地、農墾、水利、道路、橋梁、工程、勞工、公營業等事項，及其他公共事業。

(4) 教育局 掌管學校、圖書館、博物館、公共體育場、公園等事項，及其他文化社會事項。

(5) 其他各局 上所列記的四局，如果有縮小範圍的必要時，可以呈請省政府改局為科。但是也得爲了必要情形設置衛生局、土地局、社會局、糧食管理局，專管衛生、土地、社會、及糧食調節事項。

(6) 其他佐治機關 縣政府設秘書一人；依照事務的繁簡，設置一科或二科；各科置科長一人，科員二人或四人。

## 第二款 縣政會議



(一) 縣政會議的組織 縣政會議由於下列人員組織而成：(1) 縣長，(2) 秘書，(3) 各科科長，(4) 各局局長。縣政會議開會的時候，縣長做主席。

- (二) 縣政會議審議的事項 須經縣政會議審議的事項，如同左列：
- (1) 縣預算決算事項；
  - (2) 縣公債事項；
  - (3) 縣公產處分事項；
  - (4) 縣公共事業之經營管理事項；
  - (5) 其他事項經縣長認為必要的時候，也得提付縣政會議審議。

### 第三款 縣參事會

(一) 縣參事會的組織 每縣設參事會，這是民選的代表機關，由於縣民選舉的參議員組織而成。縣參議員的任期三年，每年要改選三分之一。

- (二) 縣參事會的職權 縣參事會的職權如同左列數項：
- (1) 議決縣預算、決算、及募債事項；
  - (2) 議決縣單行法則；

- (3) 建議縣政興廢事項；
- (4) 審議縣長交議事項。

## 第七章 自治行政組織

### 第一節 自治的意義

所謂自治，從來有兩種意義，英國派和大陸派的觀念不同。英國自治的意義本來甚為廣泛，中央政務和地方政務沒甚分別；國會制度和陪審制度等都得包括在內。自治成爲吏治的對待名詞，凡是不屬於國家官吏所職掌的事務就可叫做自治了。但英國的自治也有一種嚴格的意義，這是限於地方行政的範圍而發生的觀念，凡自治須要依於國家法律，歸地方團體負擔費用，由名譽職的公務員擔任地方行政事務。但在大陸各國，因受中世紀自由都市的影響，個人的政法上自由和地方團體的政治上自由，同其需要，所以大陸派的自治意義以爲地方團體享有法律上的人格，不受國家干涉而有獨立的地位，不過呢，近世紀以來這兩種觀念漸次融合在一起；於是所謂自治就在有法律上獨立人格的地方團體，不受國家的干涉，執行地方行政事務；并且由民選的名譽職

公務員處理一切。學者把這種觀念稱做自治的政治上的意義；至於法律上的意義却不同了。這是因為實行自治多少不免要受法律的制限，地方團體雖則具有獨立的人格，但却由於法律的認許；所以要服從國家的統治，不能離開國家而獨立。況且，名譽職在地方團體事務發達的時候，已經不是必要的適宜的制度。從來就法律上說明自治的意義，通常的見解無非主張自治是以執行國家內公之行政為目的之團體，在國家監督之下，依於自己的意思，處理一定的事務。大概法律上的觀念以為自治是對於被治而言，含有受較高於自己的權力之支配的意義。國家本有固有的統治權，至於國家不直接依於自己的機關——行政首長和官署——行使這一部分權力，却把牠賦與團體，同時並在國家監督之下，使得團體執行其自己的意思，這就是法律上的自治了。並且，自治團體有權處理牠自己的事務，但所謂自己的事務也是限於公共性質；所以學者就有主張自治是一種團體以執行國家內公之行政為目的；否則，像私團體雖也有權處理自己的事務，但却不能算做自治。不過呢，這些從法律上去解釋自治的意義，處處以國家的統治權為前提，自治團體的權力也是國家所賦與。但在現代政治思想上，地方自治制度發達的結果，實在和國家的無上主權不

能並存。所謂法律上的意義決不是自治的真正意義；至多不過在現行法上被稱做自治罷了。

一面是國家的行政官吏，處理國家的直接行政事務；一面又是自治團體的行政機關，未始不是自治制度上常有的現象。建國大綱第十六條規定：『凡一省全數之縣皆達完全自治者，則爲憲政開始時期，國民代表會得選舉省長，爲本省自治之監督。至於該省內之國家行政，則省長受中央之指揮。』又十七條規定：『在此時期，中央與省之權限，采均權制度。凡事務有全國一致之性質者，劃歸中央；有因地制宜之性質者，劃歸地方；不偏於中央集權或地方分權。』又十八條規定：『縣爲自治單位。省立於中央與縣之間，以收聯絡之效。』這些都是關於地方自治制度爲原則上的設定。現在我國各省中雖則已有着手施行最低級自治制，但自治法沒有頒布，自治制度沒有確定；不過從建國大綱看來，縣是自治單位，省是立於中央和縣之間，這一個原則却是已經確立了。

## 第二節 自治制度設定的理由

爲什麼設定自治制度呢？從來學者的主張不一，重要的學說如同左列幾種：

(一) 人民受政治上的訓練。這是說自治可以使得人民先就直接關係於自己一身利害的事項考慮或處理，以便浸潤政治上的智識，練習政治上的手腕；然後擔任國家政務的時候，方能勝任。這一說實在是錯誤的，因為人民政治上智識的不健全，政治上工作的不諳練，固然也要受那相當的訓練；但自治制度却決非爲了訓練一般民衆而設立，況且地方自治事項也是十分重要，人民不能把牠當做實地練習的機會。人民的天職本非要人人去做國家的官吏，自治和吏治的性質不同，參政也不是做官可比；自治的訓練當然和服官的訓練無涉。至於參政權的行使要受訓練，却不過是一種方法，並非設定自治制度的目的。

(二) 養成公共的精神。個人的偏私見地，常常和公共利益不相容；自治却可以養成公共的精神，使得人民覺悟合羣的效果能夠保全個人的利益。這種主張也是和前一說有同一誤解的地方；因爲自治固然增進公共生活的利益，但自治本來的目的不僅在養成公共的精神。就是說使得人民覺悟合羣的效果能夠保全個人的利益；但這種覺悟的動機却不存在於自治本身，必須是人民先覺悟然後方能獲得完滿的自治，斷不是以實行自治爲覺悟人民的手

段。

(三) 不受政潮影響 地方自治事項既然有了自治團體自行處理，並且根據着一定法規進行，自治團體的機關由團體自行設置或廢棄，政府不能隨意變更；所以中央政府變動的影響不會及到地方自治團體。這種主張固然是不錯的。不過呢，像這種能夠避免中央政府變動影響的自治制度之確立，雖則是爲我們所期待；但照尋常政府監督下的自治組織看來，所謂不受政潮影響，直是談何容易，所以我們要認清何以必須建立自治制度的理由，而後再談怎樣才是良好的，適合於公共生活的自治組織，可以脫離中央政府變動的影響。

(四) 免除階級衝突 這是主張社會上因爲有了各種階級，就不免發生利害衝突；自治制度可以使得各階級間的權利義務漸漸兒平均，自然不會發生衝突。這一說的理論也是不甚完滿，要曉得實行一種良好的自治制度，促進社會各方面發展的結果，也許可以減少階級間不平的狀況；但自治的原來意義却非有關於解決階級鬭爭問題的。大凡階級如何消滅，階級鬭爭如何免除，這原是屬於經濟分配問題，社會組織問題。這些問題，在國民黨的主張是民生主義可以解決一切。但必須建立自治制度的理由，很不能把免除階級衝突這

一句話拿來做解釋。

這是我們所承認的，自治制度生存在民治制度之下，自治制度的建立，無非適合於社會上分工合作的原理；所以解釋自治的意義和說明自治的必要，不能把國家無上不可分的主權作為前提。人類社會上各部分都有牠的特殊功用，國家原不過是人類社會中的一個政治社會，國家的主權不為籠罩一切社會上各部分應該各有其自己主權範圍內活動的餘地，國家所掌管的關於那些外交、國防、軍隊、司法、國稅、幣制、郵政、以及宣戰媾和等事項，至於其他不關國家生存和全國人民公共利害的事務，就該依於分工合作的原理，由地方自治團體去管理。假使把這些性質上不適於國家管理的地方自治事項，也容納在國家直接行政範圍以內，教國家官吏去執行，當然沒有好結果了。所以自治制度必須建立的理由，就在跟着事務的性質為劃分權限的標準國家和地方自治團體分工合作。

### 第三節 自治團體的種類

自治團體本就是所謂公共團體，它也是公法人，為法律上權利義務的主體。

學者雖有主張法律上的自治團體對於團員的權力是由國家付與，在國家監督之下，處理它的事務，但它自亦有其生存的目的，所以得為權利義務的主體。並且，自治團體處理事務時執行它自己獨立的意思，從一般擁護國家主權論者的眼光看來，總是以為自治團體確有獨立的意思，却不能反於國家的意思，而超出法令範圍以外。至於自治團體的種類可以大別為地方自治團體和公共組合；但學者也有主張把公共團體分做地方自治團體，公共組合，和營造物三種，所謂營造物就是公法上的財團；法人，為謀公共利益而有公之設備；如同病院圖書館等類。

(一) 地方自治團體 這是一種地域公共團體，以一定地域和其人民為構成的要素。所謂一定地域，大概在上中級地方自治團體不外根據着國家行政區域為劃分的標準；如同省自治團體，縣自治團體，但在下級的像區鄉鎮自治團體，那就別有劃分的標準了。地方自治團體有法律上獨立的人格，一方面是公法人，一面還得為私經濟主體，享有私法上法人的資格。這原也是公共團體的一種通性。

(二) 公共組合 這是一種職業自治團體，為了特定的共同事業而組織。



在日本法方面叫做公共組合，在我國通常叫做行會，同業公會等類，還有一個譯名基爾特；如同商會、工會、農會都是屬於這一種職業自治團體。公共組合和地方自治團體雖則同為自治公共團體，但却有下列不同之點：(1)地方團體所處理的是一般的事務，公共組合所處理的是特定的事務；(2)地方團體以地域為界限，且根據着國家行政區域；公共組合却是職業的公共團體，無關於行政區域；(3)地方團體以地域為構成要素，公共組合却以組合員為構成要素；(4)地方團體是政治經濟的組織體，公共組合却是經濟的組織體。

本章所研究的是地方自治團體，以下當根據現行制度說明市區鄉鎮的自治行政組織。

#### 第四節 市和特別市的組織

市和特別市原是自治團體的區域，並非國家的行政區域。現在因為沒有自治法上的根據；那末，且就國民政府所公布的市組織法和特別市組織法略加說明罷了。

(一) 市和特別市的地位 市是直隸於省政府，不歸入縣行政範圍；特別

市是直隸於國民政府，不歸入省縣行政範圍。

(二) 市和特別市的建立 人口滿了二十萬的都市，就得由所屬省政府呈請和國民政府的特許，建立為市。特別市却是下列三種都市，經國民政府的特許而建立：(1) 中華民國首都，(2) 人口百萬以上之都市，(3) 其他有特殊情形之都市。

(三) 市和特別市的職務 市在不抵觸中央和省府法令範圍以內，特別市在不抵觸中央法令範圍以內，執行左列職務：

- (1) 市財政事項；
- (2) 市公產之管理及處分事項；
- (3) 市土地事項；
- (4) 市農工商業之調查、統計、獎勵、取締事項；
- (5) 市勞動行政事項；
- (6) 市公益慈善事項；
- (7) 市街道、溝渠、堤岸、橋梁、建築、及其他土木工程事項；
- (8) 市內公私建築之取締事項；

- (9) 市河道、港務、及船政管理事項；
- (10) 市交通、電氣、電話、自來水、煤氣、及其他公用事業之經營取締事項；
- (11) 市公安、消防、及戶口、統計等事項；
- (12) 市公共衛生、及醫院、菜市、屠宰場、公共娛樂場所之設置、取締事項；
- (13) 市教育、文化、風紀事項。

(四) 市和特別市的委任事務 自治團體事務本有固有事務和委任事務的分別：固有事務為自治團體生存上所不可缺少的事務，委任事務為國家因行政上便利委任他去執行的事務。上面所列記的職務便是市和特別市的固有事務；至於委任事務如同左列：

- (1) 市區域內的國家行政事務，中央不直接辦理就得委託省政府辦理；但該區域內的省行政事務，省政府也得委託市政府辦理。
- (2) 特別市區域內的國家行政事務，中央不直接辦理時，得委託特別市政府辦理。

(五) 市和特別市政府的權限組織

- (1) 權限 市和特別市政府的權限是：

(a) 市政府依照國民黨黨義，中央和省的法令，綜理全市行政事務；並且，在不抵觸中央和省的法令以內，得發布命令和單行細則。

(b) 特別市政府依照國民黨黨義，中央法令，綜理全市行政事務；並且，在不抵觸中央法令範圍以內，得發布命令和單行細則。

(2) 組織 市和特別市政府組織上的要項如同：

(a) 市或特別市政府設市長一人，市長由省政府呈請國民政府任命；特別市市長由國民政府任命。

(b) 市或特別市政府設有下列各局，分掌市行政事務；如同：(甲) 財政局，(乙) 社會局，(丙) 工務局，(丁) 公安局，(戊) 土地局，(己) 衛生局，(庚) 教育局，(辛) 港務局。但是，市政府須在必要時得添設衛生、教育、港務等局；特別市政府也要因為特殊情勢，才得設置港務局；像杭州市政府並且依照省政府議決，只設立教育科和社會科，却不設局。

(五) 市政會議 市和特別市政府的市政會議是由市長、秘書長、參事、各局局長組織而成。會議的事項如同下列五種：(1) 關於秘書處與各局之組織細則事項；(2) 關於市單行規則事項；(3) 關於市預算決算事項；(4) 關於新課稅捐、募

集市債，及公共事業之經營事項；(5)關於市政府各局處間權限爭議事項。市政會議是一種議決機關，由獨任制的執行機關市長偕同補助機關秘書長，參事等構成；並且設有參議會的市或特別市還得由參議會選舉代表四人加入市政會議，但被選的代表不以參議會議員為限。任期是兩年，每年改選半數。

(六)市和特別市的參議會 現在各市，各特別市還沒有發現市民代表組織的參議會，但依照市組織法及特別市組織法上的規定，却是這樣的；如同：

(1)參議會的設立 無論市或特別市都得設立由市民代表組織而成的參議會，但是，要在市或特別市成立以後，由省政府或國民政府酌市或特別市的市政設施情形怎樣，才得核准設立。任期二年，每年改選半數。

(2)參議會的會期 參議會的會期分做常會和特別會議：常會每年開兩次，每次以一個月為限；但市長認為有必要的時候，可以延長。延長的期限不得過十五日。至於特別會議是在市長認為必要的時候召集。

(3)參議會的職權 參議會所得行使的職權如同左列：

(a)凡是應經市政會議議決的事項——關於市政府各局處間主管爭議事項除外——在市政會議議決以前，應該提交參議會審議；

b) 關於市政興革事項，得向市長提出建議案；

c) 參議會依於全體議員過半數以上的同意，得將該會通過的議案請求市長交付市民複決。如果這種請求被市長拒絕，市參議會得向省政府請求裁決，特別市參議會得向國民政府請求裁決。

d) 參議會當認為市長有違法失職的情事，就得依於全體議員三分二以上的同意，請求省政府或國民政府罷免。

(七) 市和特別市的財政 這可分做左列兩項：

(1) 市收入 市和特別市政府所得徵收的市稅或其他收入，如同：(a) 土地稅，(b) 土地增價稅，(c) 房捐，(d) 營業稅，(e) 牌照稅，(f) 碼頭稅，(g) 廣告稅，(h) 市公產收入，(i) 市營業收入，(j) 其他法令特許徵收之稅捐。這都是法律上有明文列記的市或特別市的收入；至於此外新課稅捐，須經省政府或國民政府核准。

(2) 市公債 據市組織法第三十六條和特別市組織法第三十三條規定，在必要時可以募集市債；不過市政府募債要經省政府核准；特別市政府募債要經國府核准。這兩種組織法上規定得非常簡略；雖則明定募債的監督權屬於直接的監督官署，但關於募債的事由只有「於必要時」一語；其他

如同市債的利率，募集和償還的方法等類，是不是也須一律經過省政府或國民政府核准却未分別規定。

### 第五節 區鄉鎮的自治組織

關於下級自治組織，現在各省所施行的有江西的村制，江蘇的村制，和浙江的村里制。浙江省政府頒布的村里制本來叫做街村制，後來因為和中央法令不符合，那才把街村修正為村里。現在根據立法院通過的縣組織法說明如左。

(一) 自治的區域 地方自治開始實行法上說：「地方自治之範圍，當以一縣為充分之區域，如不得一縣，則聯合數村而附有縱橫二、三十里之田野者，亦可為一試辦區域。」現在是統一告成，地方自治的範圍有劃一辦法，縣組織法上是在縣和鄉鎮的中間還有區的自治區域。至於區鄉鎮的劃分情形如同左列：

(1) 區 各縣按照戶口和地方情形，分劃為若干區。每區的組織在原則上是由二十至五十鄉鎮。不過為了地方習慣，地勢限制和其他特殊情形就不必限定這種編制，浙江省法規審查會曾經擬訂的區制，關於區的區域就

是以固有自治區域爲準。

(2) 鄉 凡是縣區域內百戶以上的村莊地方就是一鄉；不滿百戶的村莊可以聯合起來編成一鄉。

(3) 鎮 百戶以上的街市地方就是一鎮，如果街市地方不滿百戶就編入鄉區。不過因爲地方習慣，或受地勢限制，以及有其他特殊情形的地方，就是不滿一百戶也得編成一鎮。

(4) 閭鄰 鄉鎮的居民以二十五戶至五十戶編成一鄰，五戶至十戶編爲一閭。但是，某一地方因爲地勢或其他情形，戶數不足，得依縣政府的劃定，編成閭鄰。

(二) 自治的機關 自治的機關分做左列幾種：

(1) 執行機關

(a) 區長 這是區自治區域的執行機關。區有區公所，區公所設置由區民選任的區長一人，管理區自治事務。不過區長民選要在縣組織法施行一年以後，由省政府就各縣地方情形，酌定時期，咨請內政部核准。至於在實行區長民選以前，區長歸民政廳委任，任用的資格限於考試合格受訓



練的人員。區長是獨任制的執行機關，須得任用助理員，補助他辦理區務。

(b) 鄉長、鎮長 這是鄉鎮自治區的執行機關。鄉有鄉公所，設鄉長一人；鎮有鎮公所，設鎮長一人；管理各該鄉鎮自治事務。鄉鎮並且各設副鄉長，副鎮長一人；戶口在百戶以上的，每增百戶就設副鄉長，副鎮長各一人，這是補助機關，輔佐鄉長、鎮長辦理事務。鄉長、副鄉長、鎮長、副鎮長都是民選。

(c) 鄰長、閭長 鄰設鄰長一人，閭設閭長一人，統由鄰閭居民選舉，分掌鄰閭自治事務，這也是一種執行機關。

(2) 議決機關。

(a) 區務會議 區公所設區務會議，由下列人員組織而成：(甲) 區長，(乙) 區助理員，(丙) 本區所屬鄉長或鎮長。區務會議至少每月開會一次，所應審議的事項是：(甲) 區公所經費事項，(乙) 區公產的處分事項，區公約及其他單行規則之制定及修正事項。

(b) 鄉民大會或鎮民大會 鄉民大會或鎮民大會就是鄉民或鎮民行使四個直接民權的機關；對於鄉鎮公約和自治事項有創制複決的權；對於鄉長和副鄉長，鎮長和副鎮長有選舉罷免的權。並且鄰閭居民會議也

是一樣

(3) 監察機關。

(a) 區監察委員會 區監察委員會由監察委員五人或七人組織而成，當選舉區長時由區民選出。這委員會的職務是：(甲) 監察區財政，(乙) 向區民糾舉區長違法失職等事。

(b) 鄉鎮監察委員會 當鄉民大會或鎮民大會選舉鄉長或鎮長的時，一併選出監察委員三人或五人，組織鄉或鎮監察委員會。這委員會的職務是：(甲) 監督各該鄉鎮財政；(乙) 向各該鄉民、鎮民糾舉鄉長、副鄉長，或鎮長、副鎮長違法，失職等事。

(三) 自治的事務 地方自治開始實行法上明定要以實行民權、民生兩主義為目的；所以對於地方自治團體不僅着重在牠的政治組織，並且要注意牠的經濟組織。如果不把自治團體造成一個經濟政治的組織體，那就民權、民生兩主義的目的不能完全達到。自治團體所應試辦的六件事是：(1) 清戶口，(2) 立機關，(3) 定地價，(4) 修道路，(5) 懇荒地，(6) 設學校。但是，這自治開始的六件事辦有成效以後，所該舉辦的就是農業合作、工業合作、交易合作、銀行合作、保險合

作等關於經濟組織的事項了。地方自治開始實行法上說：「總而論之，此所建  
議之地方自治團體，不止爲一政治組織，亦併爲一經濟組織。近日文明各國政  
府之職務，已漸由政治兼及於經濟矣。……惟民國人民當爲自計，速從地方  
自治，以立民國萬年有道之基。宜取法上，順應世界之潮流，采擇最新之理想，以  
成一高尚進行之自治團體。」這些理論就是黨治下的自治組織應該根據着  
的準則了。江浙省現在所施行的村里制，關於村里自治事務的規定就是依照  
這種準則；茲特別列記如左：

- (1) 關於清查戶口及人事登記事項；
- (2) 關於整理土地，及墾闢荒地事項；
- (3) 關於修築橋路堤岸，疏濬水道，及其他交通事項；
- (4) 關於保衛及消防事項；
- (5) 關於衛生清潔事項；
- (6) 關於育幼，養老，濟貧，救災，治病，及其他公益事項；
- (7) 關於調劑糧食及積穀備荒事項；
- (8) 關於初等教育，職業教育，補習教育，及社會教育事項；

- (9) 關於農田、森林、絲茶、漁牧、紡織、釀造，及其他農工商事項；
- (10) 關於各種經濟合作事項；
- (11) 關於貯蓄獎進事項；
- (12) 關於風俗改善事項；
- (13) 關於民族精神獎進事項；
- (14) 其他依法令應由村里辦理事項。

(四) 直接民權的使用 區民對於區公約和自治事項有創制權和複決權；對於區長有選舉權和罷免權；不過這種選舉權和罷免權在縣組織法施行後一年以內還沒有行使的機會，鄉民和鎮民的四個直接民權得由鄉民大會或鎮民大會行使；但在區長沒有實行民選以前，鄉民大會或鎮民大會選舉鄉長和副鄉長或鎮長和副鎮長時，應該選出加倍的人數，聽憑縣長選擇任用，并且這些由縣長委任的鄉長或鎮長，如果違法或失職，鄉民大會或鎮民大會却不能直接罷免，須得報由區公所，轉請縣長罷免。

## 第八章 官吏的法律關係

## 第一節 官吏的性質

從官吏和國家的法律關係上說明官吏的性質；那就官吏是執行國家事務，負擔公法上的服務義務而對於國家發生特別的服從關係。所謂特別的服從關係就是造成公法上官吏的服務義務，而成爲官吏性質上的特徵。國家的事務是分配於各官署去執行，國家的職權是分配於各官署去行使；但官署不過是法律上的機關，必須有自然人站在這機關的地位；然後國家的意思才能活動，才能決定。並且，官署無論是獨任制或合議制，還得配置各種補助機關，依於自然人的活動力，作成各機關的工作。在表面上官吏原不過是國家的使用人，其關係頗有類於私法上雇傭關係；但是，私法上的雇傭關係一面是經濟上的供給，一面是勞力的供給，沒有所謂特別服從關係。至於官吏雖則是一樣地盡工作的義務，而享受俸給的權利；然而他對於國家的關係是公法上服務關係，因此而發生的義務也是公法上的服務義務。這種義務比到私法上因雇傭關係而發生的義務却大有不同。第一，官吏的服務義務是無定量的義務；第二，官吏並非把所享受的俸給權利作爲服務義務的交換條件。並且，官吏不僅異於

雇傭關係，就是在公法上和其他公務員亦自有別。分擔國家事務的員役也有基於契約而工作的，這就不能叫做官吏；又像議員雖則也和官吏一樣，擔任國家事務，但他却沒有特別服從關係，不負服務義務。所謂基於契約而工作的員役，本來也是對於國家負擔一定勞務的義務；如同官署中所雇用的書記，經營公用事業時所雇用的工作人員，無非發生私法上的雇傭關係，却没有公法上的服務義務。這種雇傭關係上雖則一方面是國家，但却仍舊不失為單純的經濟上給付和勞力供給關係，適用私法而不適用公法；所以這些基於契約而服務的不能算是官吏。至於議員本是人民的代表，行使參政的權能。議員的擔任國家事務，固然也是國家的公務員；不過他所服的勞務是參政權活動的結果，不比官吏的服務關係却是始終盡其服務義務。

官吏的服務義務是特殊的義務，非但不是私法上的雇傭關係；并且公法上其他一般人民所應負的義務也和這種服務關係不同。人民對於國家的義務，如同當兵——不管是強迫兵役或者是志願兵役——原也是公法上的義務；不過這是一般人民所應負擔，不像官吏是有特殊的服務關係。因為官吏受命而執行國家一定的事務，在他所服勞務的範圍以內，他有無定量的義務。人民

當兵的義務雖也是無定量的勞務；但官吏却由於國家的選任，本人的承諾而發生特殊的關係，並非屬於一般的國民的應盡義務，官吏服務關係的發生雖則由於國家的選任；但選任的方法却各有不同，或是人民選舉，或是公開考試競爭，或是出於推薦任用，一律沒有什麼問題。

官吏和官職雖則常有連帶關係，却並非不可分離，人民由於國家的選任，取得對內的地位而發生服務義務，這就成為官吏；至於官職却是由於國家的任職處分所取得的對外地位；並且就服務義務方面而言，官職也就是官吏對於國家事務所當處理的範圍。大概官吏地位的取得不必同時發生官職關係，事實上很多已為官吏却還沒有官職；也有已經去職却仍舊不失為官吏。在縣長已經考取以後，官吏的地位固然取得；却並非定須同時實授官職。還有休職的官吏，一面離去他的官職，一面仍舊保持官吏的地位，有時還得享受定額的俸給。

## 第二節 官吏關係的發生

官吏的服務義務既然不是一般人民所負擔的當然義務，那就官吏關係的

發生，自有一定原因的存在。所謂一定的原因，自不外於公法上的法律行為。通常官吏關係的發生，無非由於任命而來，也有由於選舉而來；但在我國實行五權分立之治，不但官吏，就是一切公務員關係的發生，都要從考試方面取得了。不過呢，任命、選舉和考試原是方法上的差別；至於官吏關係的發生，在公法上性質怎樣，却要先加以研究。從來學者對於這一點多所討論，所謂官吏的任命是公法上性質呢？還是私法上性質呢？大概在從前封建時代，沒有法律上國家的明確觀念；並且公法和私法的區別也不明瞭，官吏關係不脫雇傭性質。後來國家的法律觀念漸次明確；於是有了把官吏的任命看做是國家的單純權力作用，也有主張任命官吏雖是國家的權力作用，但也須得本人的承諾。其實呢，如果說是單純的國家權力作用，但服官也是人民的一種公權，並非一般所應負擔的義務。在官吏關係成立以後，固然要盡無定量的服務義務；但當這種關係成立以前，國家却不得強制任命。至於說一面是權力作用，一面是須得本人同意；那末，這種關係又是什麼關係呢？國家的權力作用是不必待人承諾的，私法上的契約是不帶命令強制性質的；所以一般學者認為這是公法上的契約觀念。國家沒有強迫他人服官之理，任命官吏不能不取得同意；但是，國家和官吏



間所發生的關係又不比通常民法上的關係；所以要獲得一種適合的解釋，就說這是公法上的契約，足以發生特別的權力關係了。

官吏的任命含有公法上的契約觀念，固為一種通常的見解；但亦有否認的主張，這是以為公法上的關係是不對等的關係，國家站在權力主體的地位，和一般人民的地位不同。至於契約的訂立却是私法上的關係，必以雙方當事人的意思有對等的價值為要素；這種對等的關係却不能存在於國家和官吏之間。國家和官吏既然處於不對等的地位，就不能發生契約行為。雖則官吏關係的成立，並非出於國家一方面的意思，須得本人同意而後才發生效力；不過這是在國家的任命行為發動時，以本人的承諾為條件，却並不是這行為的成立要素。像這種主張以為權力之下沒有契約的觀念，公法上的關係不脫權力作用；所以公法上也無從發生契約行為。不過呢，官吏的任命要得本人的承諾，這是不能否認；假使把承諾解作任命行為發動時的條件，却仍舊是不能自圓其說。因為在官吏方面，如果本人不承諾，那就任命的效力始終不能發生；在國家方面，既不能強迫人民接受官吏的任命，使負擔特別的服從義務；那末，承諾一事當然是任命行為成立的要素了。

官吏的任命既然含有公法上契約的觀念，那就任命行爲的完全發生效力，必在本人承諾以後；所以官吏的任命行爲不可謂非一種合意的行爲。官吏在沒有表示承諾時當然可以拒絕，但一經同意，便須負擔無定量的服務義務；假使要辭職就非得國家允許不可，並且，辭職和免官的情形還有不同之處，辭職是很明瞭的，由於雙方合意；至於免官雖是在表面上出於國家單方面的意思，不待本人同意；但在爲官吏任命的承諾時本被看做已經接受那些關於免官的條件。總之，官吏關係的成立由於國家和被任命者的同意，不過雙方的意思表示是用怎樣的方式呢？在國家方面固然不妨把任命當做它的意思表示，並且任命的方式須用一種文書；那末，在官吏方面是不是以接受這文書便作爲承諾的意思表示；關於這一點，學者間也有爲肯定的主張。不過呢，任命是否即係契約的提議原也有點問題，事實上國家沒有發表任命以前，先行徵求本人的同意，也是一種常例；所以學者就有主張任命文書並非契約的提議，却是關於完成契約的最後意思表示。

上面已經說過官吏關係的成立，或者由於任命，或者由於選舉，或者由於考試；任命須得本人的承諾，選舉却尤其有同意的必要了。一經被選爲官吏以後，

並非當然發生效力；須待當選人表示應選的意思，然後官吏的關係才完全成立。並且，當選通知和應選表示均有一定的方式和程序，這是很容易觀察的。至於考試，那就當投考的時候本已默示承諾的意思了。

### 第三節 官吏的義務

官吏負有公法上的服務義務，這是官吏對於國家所負擔的義務，比到一般人民的義務，性質上大有差別。所謂公法上的服務義務歷來是分做執行職務的義務，忠實的義務，守祕密的義務，服從的義務，保持品格的義務；但在我國，現在既然是以黨治國，那就官吏的義務除了上面所說幾種以外，還要負着遵守黨義和不背誓詞的義務。

(一) 遵守黨義的義務 英國的吏治制度把官吏分做政務官和事務官，所謂事務官是和政黨沒有密接的關係；並且，從來各國的通例關於司法官是不許做政黨黨員的。至於我國現在却是以黨治國，雖則全國官吏不必人人都是國民黨黨員；但是人人都要遵守黨義。省政府組織法第一條規定：『省置省政府，依中國國民黨黨義及中央法令綜理全省政務，』特別市政府組織法第

七條規定：『特別市設置特別市政府，依中國國民黨黨義及中央法令綜理全市行政事務。』足見省行政和市行政一律要服從黨義，而一般官吏負着遵守黨義的義務了。中央執行委員會曾經公布政軍警各機關工作人員研究黨義暫行條例，司法院根據這條例制定了司法院職員研究黨義細則，第二條所規定的是：『凡國民政府司法院工作人員皆應研究黨義，』還有最高法院黨義研究會暫行規則第四條規定該院全體工作人員都是研究員。研究的方法分做三種：（一）閱讀，（二）討論，（三）講演并測驗。研究黨義是各機關工作人員的重要事務，同時官吏遵守黨義的義務又何嘗不是主要的服務義務。

（二）不背誓詞的義務 官吏就職的時候須要經過宣誓的程序，如同國民政府十四年十一月宣誓令第一條規定：『文武官員及其他依國家法律執行職務之人，須設誓後始得任事。任事在前者，於本令公布後即補行宣誓。』宣誓令第二條，第三條所規定的宣誓詞，文官和武官不同：

（1）文官的宣誓詞 文官宣誓詞式是：『余敬宣誓，余將恪遵總理遺囑，服從黨議，奉行國家法令，忠心及努力於本職，並節省經費。余決不雇用無用人員，不營私舞弊及授受賄賂。如違背誓言，願受本黨最嚴厲之處罰。』

(2) 武官的宣誓詞 武官宣誓詞式是：「余以至誠實行三民主義，服從長官命令，捍衛國家，愛護人民，克盡軍人天職，此誓。」

官吏就職的時候須要宣誓，一經宣誓以後，便須遵守，負着不背誓詞的義務。國民政府文官處處務規程第六十六條規定應行懲戒各款，第一款便是違背誓詞；所以不背誓詞的義務在國民政府下的官吏也是一種公法上的服務義務。

(三) 執行職務的義務 官吏對於國家原是受為國家執行一定的職務；因而發生公法上的服務義務。官吏所執行的職務大概是屬於法律命令所規定的官職上之國家事務，也有該管上級官署所指揮的事務。官吏對於這些事務都負有執行的義務，不得懈怠，不得曠廢；否則，就是違反了這種義務。并且，官吏服務須有一定的時間，前往一定的辦公處所，這是在處務規程上都有明白的規定；如同國民政府文官處處務規程第四十六條規定：「本處辦公時間，上午八時至十二時；下午一時至五時；於必要時得延長之。」又第五十四條規定：「放假日期依政府頒布放假日期表行之。」這就是官吏服務須有一定的時間，一定的辦公地點，為官吏執行職務時所必須擔負的義務了。

(四) 忠實的義務 官吏的忠實義務，學者間頗有主張這是屬於道義的義務，而不受法律的強制；然而官吏除了服從國家法令，上級機關指揮以外，在其自由裁量範圍以內，原有積極的或消極的保全國家利益的義務。這本是一種獨立的義務，違反這種義務，未始不能構成懲戒的原因，而發生法律上的效果；所以不能說是純然屬於道義的義務。所謂積極的和消極的保全國家利益的義務，那就積極的義務是力求增進國家的利益，消極的却是力求避免不利益於國家的事項。學者還有主張守祕密的義務也是一種消極的忠實義務，這種見解却並非正確；因為官吏應該嚴守祕密的義務，在法律上本有明白規定，可以說是完全屬於法律的義務，並不傾向於道義方面。並且，我國現在的官吏當就職時要依照宣誓令宣誓，在誓詞裏面有「忠心及努力於本職」一語，這就是對於本職要負有一種忠實的義務。凡百官吏應該努力奉公，盡其忠心和能事；不但服從長官的命令，盡職服務，還要在職務範圍以內，發揮自己的意旨能力，從各方面去增進或維持國家的利益。

一般官吏雖則都負有忠實的義務，但從量的方面說起來，政務官和事務官不同。政務官除了服從國家法令——在合議機關還得服從合議體的決議——

以外，事事要發揮自己的意旨能力，決定國家的意思，却不是處處奉行上官的命令；所以他所負的忠實的義務在量的方面比較事務官重得多了。

(五) 守秘密的義務 守秘密的義務也是一種獨立的義務。所謂秘密或者是官吏由於自己職務上而知悉的，或者是從其他官吏處聞悉的，一概要保守着不得洩漏。至於何種事件屬於秘密的事件，那就不外於(1)這事務的性質屬於秘密，(2)由長官命令須守秘密的事務。官吏應守秘密，在法規上多用明文規定，以資遵守；如同司法行政部處務規程第四條規定：『司法行政部職員對於承辦或預聞事件未經宣布者，有嚴守秘密之義務。違者分別輕重懲戒之。』這是官吏違反了這種義務，就要受懲戒處分。並且，不僅是要受懲戒處分，還可構成刑事制裁上的原因。官吏洩漏秘密，原是一種瀆職罪，刑法第一百三十七條規定：『公務員洩漏或交付關於國內政應秘密之文書，圖畫，消息，或物品者，處三年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。』足見洩漏或交付內政上應秘密的文件是觸犯刑章，不獨關於行政上的懲戒問題。因為官吏保守秘密是一種重大的義務，所以就在法庭傳喚他做證人的時候，仍舊是不能洩漏；大凡公務員關於職務上應守秘密的事項，就得拒絕證言，否則須得該管監督公

務員的許可。至於有妨害國家利益的事件，該管監督公務員可以拒絕許可，這是規定在刑事訴訟法第九十七條。

(六) 服從的義務 忠實的義務是官吏本於自己的意思，在職務範圍以內，盡其忠心以增進國家利益的義務；至於服從的義務却是下級官吏服從上級官署的命令，官吏對於國家既有特別服從關係，所以國家對於官吏不僅教他去服一定的勞務，隨時可以命令他服從國家的意旨，積極的或消極的去作為。國家既有這種命令權，官吏就擔負服從的義務。國家的事務是分配於上下一貫，有一定系統的官署去執行；所以下級官吏爲了盡服從的義務，必須接受長官的命令，遵照着作爲或不作爲。在上級官署方面看來，這是一種指揮監督權；但在下級官署看來，就是官吏的服從義務了。不過這種服從義務並不是絕對而無制限，監督長官既不得在一定範圍以外去任意命令下級官吏，而下級官吏亦不能一律盲從，大凡這種命令權的行使，本有一定的範圍；假使是一種逾越範圍的命令，下級官吏也就不負服從的義務。當下級官吏盡其服從的義務時，關於這種長官命令所發生的結果，本可不負責任；但是，命令如果顯然有了瑕疵却還要服從，那就在這種場合自然要歸下級官吏自負其責任了。所以



下級官吏對於監督長官所發布的指揮命令，一面要盡服從的義務，一面也未始沒有相當的檢查權。通常學者的主張，無非說是上級官署的有效命令須要具備左列三種要件。

(1) 須是職務上有監督權的長官所發布的命令。下級官吏固然要服從上級官吏的命令，所謂上級官吏却須限於有監督權的，這是在官制上已爲有系統的規定。下級官吏對其職務上的長官有服從命令的義務，同時命令他的上級官吏亦須具有職務上的監督權限。這權限是屬於行政首長以及依照官制所定或由特別法令委任給行政首長以下的各級官署。下級官吏接受命令時，自屬有權檢查是不是自己職務上的長官所發布；如果不是就不發生服從的義務。

(2) 須是有關於職務的命令。這是上級有指揮監督權的官吏所發布命令的內容，應該屬於下級官吏職務上的義務事項；至於無關於職務，或者是長官的私人事項，那就沒有服從的義務。要曉得官吏的服從義務所從來，無非由於執行國家事務時所根據法令而發生的上下級統屬關係；假使離開職務就無所謂一貫的統系。大凡長官對於下級官吏所發布指示的命令，並

非一種獨立的權力，不過附麗於監督權。所謂監督權却不能不對於職務行使。命令無關於職務上的義務，就是越出上級官吏所得指示監督的範圍以外，下級官吏自得拒絕服從。

(3) 須是具有合法程式的命令。發布命令，必須適合法定的程式；否則，這種命令就不能發生效力。所謂法定的程式，如同發布命令，須用文書，而文書亦須具有法律上的方式。公文程式條例第二條規定公文書的類別，像第一款到第三款所列記的令、訓令、指令等項，凡是屬於國民政府的就由主席或常務委員署名，蓋用國民政府之印；屬於其他各機關的就由各機關的主席，或長官，或常務委員署名，蓋用各該機關之印。如果上級機關發布命令時違反這種程式，下級官吏就得加以檢查而拒絕服從。

長官所發布的命令對於上面所說三種要件已經完全具備，那就下級官吏自當發生服從的義務。不過呢，要件雖則具備，但命令的內容却是違反法律，不合黨義，在這種場合，下級官吏有沒有檢查權確已成為問題了。大概學者間共有左列兩種不同的學說：

(1) 官吏對於違法的命令不負服從的義務。這是主張違反憲法或其他

法規的命令，在法律上已經不是國家的意思，官吏沒有服從的義務；否則就該自負其責任。雖則反對這一說的以為長官就其權限內的事項，本有自由解釋法令和適用法令的職權；至於下級官吏的解釋權自不能優越於上級官吏。服從長官的命令，無非保全官署組織系統的一貫；假使下級官吏有了命令內容的檢查權，那就基於上下級解釋法令的見解不同，而拒絕服從的義務，勢必破壞官吏階級上的組織系統。這種反對的主張固然也有相當的理由；不過主張折衷說的却以為官吏職務上的義務原是基於法律而發生，一面有服從的義務，一面也有遵守法律的必要。命令的內容違法就是命令已經喪失牠的法律性，足以消除官吏的服從義務，也不致礙及官級上組織的系統。因為維繫行政系統的一貫秩序，不僅在於下級官吏唯命是聽的服從義務，重在上下階級都有守法的真正精神。至於說到上下級解釋法令的見解不同一點，那就所謂違法的命令本非涉及於解釋問題。這可不是說長官的命令有疑義時，下級官吏便有拒絕服從的義務；必須限於有可共認為違法的命令，才得加以否認。況且，現在的官吏就職時要宣誓恪遵總理遺囑，假使長官的命令居然有了不恪遵遺囑和違反黨義之處；那末，下級官吏自

願誓言，斷無盲從之理。

(2) 官吏對於長官命令的內容沒有檢查權。一般學者大都主張下級官吏對於長官命令，無權檢查其是否違法，只有絕對服從的義務。並且主張這一說的每以爲官吏對於長官的命令雖則沒有實質的檢查權，却有形式的檢查權。所謂形式的檢查權就是檢查上面所說三種條件有沒有具備，如果是有指揮監督權限的官署關於職務上所發布的命令，並且合於法定程式；那末，受命的官吏當然負有服從的義務。

(七) 保持品格的義務。官吏原是自然人，對於一般人民絕對沒有什麼差別的地方。並且，自然人本來具有個人性，這具有個人性的自然人因爲國家的任命而取得官吏性，因爲擔任國家的職務而取得機關性。從其個人性而言，官吏本無殊於一般自然人；從其官吏性和機關性而言，那就處於特別的地位，負有特別的義務了。所謂保持品格，在自然人方面不過屬於道德上的義務，在官吏方面却是一種法律上的義務。因爲站在國家機關的地位之上，自然人是兼有個人性和官吏性；如果個人的品格不能保持，勢必損失國家的威信；所以官吏必須擔負保持品格的義務。不過所謂保持品格，並非要造成一種特殊的

官吏態度。官吏原本要平民化，不可官僚化。官吏在法律上所擔負保持品格的義務就和一般人民在道德上所應保持的品格一樣；重信義，重廉恥，不可貪污，不可狂妄。凡是一切貪官污吏的行動完全要屏絕。

#### 第四節 官吏的權利

官吏對於國家負有服務義務，但却有沒有權利可以享受呢？官吏和國家的關係固然不是私法上的雇傭關係，並且也不是單純的權利義務關係；所以就有主張官吏對於國家只有義務的負擔，無所謂權利的享受。這是以爲國家待遇官吏雖有可以使他享受利益之處，但這種待遇條件，國家能夠本於片面意旨，加以變更，官吏却沒有抗爭的餘地。至於權利的享受必須限於對方義務者不能隨意變更條件；否則，就不成其爲權利。因爲學者間對於權利的觀念不同，關於官吏的權利之解釋就也互異；有的主張官吏所受有利益的國家待遇，不是私法上權利的意義，却是公法上秩序的意義，法令上既有這種關係的存在，因而叫做權利；有的主張國家對於官吏雖有保護的義務，但權利却是得以爲特定的法律利益的主張的意思之力。（這是偏於意思說的權利觀念。）如同

那些不是官吏所得請求的勳章勳位之授與，以及非爲官吏本身利益起見的法律上特別保護，固然也可看做官吏的權利，却不外是法的反射作用。不過呢，官吏的權利，其所享受的條件和法律上的觀念雖則比到一般私法上的權利不同，但說明權利的本質，如果不以自由或意思之力爲要素，那就官吏所享受國家的各種待遇既然是獲得一種利益，那就也可以承認其爲權利。況且，一般學者雖有懷疑於官吏的權利之意義，但却終究對於官吏地位上所受的保護，經濟上所受的俸給每多稱爲權利。現在把通常所稱官吏地位上的權利和經濟上的權利，分別說明如左：

(一) 地位上的權利 這可分做兩方面觀察：

(1) 吏治法上的保障 向來凡是司法官、審計官等，其地位都受法律的保障，不受懲戒處分或刑事制裁是不得免職，并且不能違反他的意思將他轉官、轉任、停職、或休職。至於普通文官雖不會享有這種地位上保障的權利；但像我國現在既然要勵行考試制度，一切公務員非經考選，不得任用；那末，將來關於他們的地位應該亦有保障的法律。

(2) 刑事法規上的保護 刑法上關於侮辱公務員的行爲須要處罰，但却

以公務員執行職務時當場侮辱爲限。這種法律上的保護原是保護官吏所執行的職務；所以一般主張這種公法上的保護無非使得國家事務的執行無所障礙，因而反射作用及於官吏的個人，却不是爲了官吏的主體權利而給與他一種利益。

(二) 經濟上的權利 官吏所享受經濟上的權利，主要的是在職時受俸給的權利。俸給的給付是在官吏關係存續中由國家負擔；至於俸給的性質怎樣，那就學者間有認爲是一種維持官吏生活的養贍費，也有認爲是對於官吏服務義務的金錢上的反對給付。主張前一說的以爲官吏的俸給和私法方面雇傭契約上的性質有異，官吏一面爲國家服無定量的勞務，一面當求所以滿足他生活上的需要。俸給數額多寡的決定應該適合於官吏地位上的相當生活，不把所擔負的勞務的難易繁簡作爲標準。並且，官吏的俸給既然具有養贍費的性質，所以不論是否在职期間，均得享有；如同在退職的時候仍舊有享受卹金的權利。還有死亡卹金，何嘗不是國家對於官吏所負擔給付的義務，這是屬於一種養贍費尤爲明顯，同時也可證明官吏所享受經濟上的權利並非由於職務上的報酬而來。至於主張俸給是金錢上反對給付的却以爲俸給和私

法上的雇傭報酬同其性質，因為官吏既然竭智盡忠為國家服務，國家就把這種金錢上的給付作為報酬，所謂相當於官吏地位的生活費用，不過是第二目的。俸給所以異於養贍費，因為養贍費的數額常常跟着權利者需要的多少而變動，官吏的俸給却有法定的準則。這兩種學說各有其所持的理由，但時代的見解却使得我們贊成養贍費這一說。把金錢上的給付作為工作的報酬，這種觀念就在私法上也是已被排除。所謂工資制度雖則仍舊存在於資本主義的社會上，但報酬的觀念却一變而為生活的觀念；所以保護勞工的最低工資便是以勞工物質上、精神上的生活費為標準。以金錢給付為工作的報酬，這種觀念在公法上也該同被排除。並且，從前主張俸給是官吏的養贍費，同時主張俸給的數量要適合於官吏地位的相當生活費。所謂官吏的地位一語顯有不平等的意義；其實一切官吏在社會上的地位是應該平等的，生活上的消費是沒有什麼大懸殊的；上級官吏不該比到下級官吏多得鉅額的俸給，去享受貴族式的生活。歷來關於俸給數量的多寡，每每把官階的高下作為標準，這是顯示官吏在社會上地位的高下，生活上的享受過於階級化了。

討論俸給的學者常常說是俸給要適合於官吏地位的相當生活費，就是主



張俸給報酬說的也以為這是第二目的；然而官制上設定俸給的標準。雖能顧到和官吏身分相應的生活，却不能按照一切官吏地位平等的原則。上級官署和下級官署在為處理國家事務而活動的權力作用方面雖有上下統屬關係，但站在機關地位的官吏在生活享受方面却是仍舊不失為個人性；所以生活費用並不是跟着官階的高下而有多寡的區別。假使說高級官吏必須享受高等的貴族生活，官階降低，生活程度也就逐漸低下；那末，這是不免於官僚主義下的傳統思想。總之，制定俸給的標準，不該先行設定不平等的官吏地位和身分，然後再求充足其相當的生活費用。所以吏治的民主化，就該先注意俸給的平等。

官吏所享受經濟上的權利，除了俸給，還有退職卹金和遺族卹金等類。退職卹金如同官吏服務滿足一定的年限，或者退職事由為了因公犧牲，就得享受這種權利。並且，退職卹金有終身給付的，也有一時給付的。至於遺族卹金，却在官吏死亡以後國家對於他的遺族所負擔的給付義務，權利主體是官吏的遺族，不是他的本身。

## 第五節 官吏的責任

官吏的責任通常可以分做（一）官吏的懲戒責任，（二）官吏的刑事責任，（三）官吏的賠償責任。關於（二）（三）兩種責任，學者固有主張不必盡行歸入行政法研究範圍，但是這些責任的發生原因和成立要件本與官吏的職務相繁屬，現在亦加以簡略說明。

### 第一款 官吏的懲戒責任

（一）懲戒處分的性質 官吏的懲戒責任就是他所得受的懲戒處分。所謂懲戒處分在行政法上研究起來，有些學者主張牠不是一種刑罰，以為懲戒處分和刑罰的區別，共有左列幾個要點：

（1）懲戒處分是對於官吏的特別權力關係，刑罰權却是適用於一般人；  
（2）懲戒處分是以維持官吏關係的秩序為目的，刑罰却是以維持國家的公共秩序為目的；

（3）懲戒處分的原因出於違反服務義務，刑罰的原因却是侵害特別的法律利益；

（4）懲戒處分是一種目的罰，有權施行懲戒處分的監督官署，得本於自己

的意思，審查能否達到某種有利益的目的，以便決定要不要懲戒；刑罰却不然，基於有罪必罰的原則，適用刑事法規時沒有通融的餘地。

(二) 懲戒處分的種類 懲戒處分的種類，大概不外於免職、停職、申誡等類；像十七年五月國民政府公布的法官懲戒暫行條例第四條規定，把懲戒處分分做左列四種：（該條例在監察院成立後便須失效，此處不過作為參考之資。）

(1) 免職 受免職的處分就是免去現在的官職。

(2) 降等 受降等的處分就是依照現在的官等降一等改敘。

(3) 停職 受停職的處分就是停止二月以上二年以下職務的執行和俸給。

(4) 申誡 受申誡的處分是由國民政府，司法部，或相關法院長官以命令行之。

(三) 懲戒行爲 什麼行爲才受懲戒處分呢？新近立法院通過的彈劾法，在第二條裏規定彈劾的事由是概括的，不是列記的。該本條是：「監察委員對於公務員違法或失職之行爲，應提出彈劾案於監察院。」所謂違法或失職的

行爲就是法定的懲戒的行爲了。但像十七年十月公布的縣長獎懲條例第八條却是一種列記的規定。該本條規定凡有各款事實之一，便由民政廳察核情節，酌擬懲戒。其所列記的各款事實如同：(1) 違背黨綱黨義，措置乖謬者；(2) 違法瀆職，查有確據者；(3) 奉行法律不力者；(4) 事變發生，怠於防制，致成重大損害者；(5) 有不良之嗜好者；(6) 廢弛警衛事務，致成匪患者；(7) 辦理自治不力或措置失當，不治輿情者；(8) 辦理賑務不力或挪用賑款者；(9) 調查戶口，修理道路，無故不能依限竣事者；(10) 廢弛教育者；(11) 廢弛衛生行政者；(12) 縱容員役，致釀事故者。從縣長獎懲條例第八條看來，我們可以知道一點懲戒行爲是些什麼行爲；其實呢，這些事由是列舉不盡的，在法律上還是概括規定的好。

(四) 懲戒處分的機關 施行懲戒處分的官署，在我國是有特設的機關。司法院中設有官吏懲戒委員會，依法律掌理文官法官懲戒事宜。凡是監察委員對於公務員違法或失職的行爲，向監察院提出彈劾案以後，便由監察院長依照監察院組織法第六條，另行指定監察委員三人審查。當審查結果，經多數認爲應付懲戒，便須移付懲戒機關。

## 第二款 官吏的刑事責任

官吏職務上的行爲如果涉及刑事法規，那就不僅受懲戒處分，自當另負刑事責任，官吏關於職務上的犯罪行爲可以分做職務犯罪和準職務犯罪。所謂職務犯罪，就是官吏濫用職權，侵害他人特定的法律利益的不法行爲；如同刑法瀆職罪中所規定有訴追犯罪職務的公務員犯意圖取供而施強暴脅迫的罪，以及有執行刑罰職務的公務員犯違法執行刑罰的罪等類。至於準職務犯罪乃是涉及官吏地位關係的犯罪行爲，却非屬於官署權限內的職務行爲；如同官署所犯的侵占罪，幫助囚人脫逃罪等類。這些行爲，一面是違反服務義務，一面還侵害特種的法益；並且犯罪主體是官吏而不是私人。官吏的刑事責任和懲戒責任完全要分別開來，懲戒機關是不得加以處分；像彈劾法第八條就規定：「彈劾案如有涉及刑事事件，懲戒機關應將刑事部分移交該管法院審理。」

### 第三款 官吏的賠償責任

官吏在執行職務的時候，對於個人所加的損害，是不是要負擔賠償的責任，這是一個從來所爭論的問題。所謂官吏的賠償責任也就是官吏在民法上的

責任，通常分做權限內的行為和權限外的行為這兩方面去觀察。權限外的行為原是一種私人行為，應該對於加害的給果，負擔民事上的賠償責任，確是沒有什麼疑義。至於權限內的行為還有公法關係和私法關係的區別。當官吏基於私法上關係代表國家，因而加損害別人的利益，應該由國家依照民法負責賠償，這也是一般所公認。但是，基於公法上關係官吏權限內的行為損害別人權利時，應該怎樣呢？應不應賠償呢？誰負賠償責任呢？學說上頗多主張官吏的職務行為，即使對於他人發生損害，假使沒有特別法規定，無論國家或官吏一律不負賠償責任。其所持的理由無非說是公法上的權力行為和民法上的不法行為不同，不能適用民法上的原則。並且，官吏在權限內所為的行為本就是國家機關的行為，國家不自負責，斷無由官吏私人賠償之理。但是，學者也有主張這種賠償責任在原則上應該成立，不必要有特別的公法上用明文規定。因為民法上的不法行為是以具有人格為要件，法人或自然人在所不問；國家既然是公法人，就得擔負這種不法行為的責任。只要是基於官吏的行為而加害他人，就得依照這種行為的性質，分別歸官吏私人賠償或歸國家直接賠償；無待於明文規定，也不必管這是法律行為或事實行為以及是權力行為或權利

行爲。

有時官吏的職務上行爲對於國家發生損害，因而負擔賠償的責任。關於這種責任，學者亦多主張不適用民法上賠償原則。不過呢，國就對於特種官吏每每在特別法上加以規定；如同出納官吏就其所擔任的會計事務，自然負有過誤的賠償責任，這是各國多在會計法上設有明文。

#### 第六節 官吏關係的消滅

官吏關係的消滅，其原因或由於死亡，或由於國籍喪失，或由於刑罰宣告；此外還有因國家的意思而消滅的，也有因官吏自己的意思而消滅的。所謂因國家的意思而消滅官吏關係，大概爲了懲戒處分而免官；否則如同特任官、秘書官、外交官等特殊官吏，通例可以出於國家一方面的意思，任意免官。其他官吏，像司法官、審計官等固然須受法律的保障，就是普通文官在吏治法上也該有相當的條件，才得反乎他的意思將他免官。致於因官吏自己的意思而消滅官吏關係，那就無非是辭職了。在原則上官吏固然是可以辭職的，但官吏關係的消滅須在國家照准以後。官吏關係的成立本是由於公法上契約而來；所以就

在自請免官的時候，也非一經表示意思，便可解除官吏關係。這是應該取得國家的同意；不過國家却沒有斷然不准的權利。

## 第九章 行政作用

### 第一節 行政作用的意義和種類

行政作用有形式上的意義和實質上的意義之區別，形式上的行政作用還可包括實質的立法事項和司法事項。大凡命令的制定，原是一種立法行為；行政裁判，懲戒裁判，和權限裁判原也屬於司法範圍——我國現行制度上行政裁判和懲戒裁判就是在形式上也是屬於司法範圍——所以學者有把行政作用大別為行政立法，行政司法，和本來之行政作用，所謂本來之行政作用就是關於形式上，事實上一概屬於行政事項的行為，並且，這種行政作用還可分做事實上的作用和法律上的作用；前一種是不以發生法律上效果為目的之作用，後一種是以直接發生法律上效果為目的之作用，並且法律上的作為還可分為公法行為和私法行為。所謂公法行為就是狹義的行政行為。要曉得行政法上關於行政作用和行政行為這兩種用語；因為各人的見解不同，有時不



免發生疑義。有些學者主張行政作用和行政行為的意義不同，有些學者却主張這兩者並沒有什麼區別，原來行政行為的解釋上也有最廣義、廣義和狹義三種學說：最廣義說以為行政行為是行政機關一切行為的總稱；廣義說以為行政行為是行政機關對外所為的一切行為；狹義說以為行政行為是對外發生公法上效果的行為。依據最廣義的學說，那就行政行為既然是行政機關一切行為的總稱，自和行政作用的意義沒有什麼差異了。至於主張狹義說的那就行政行為不過是限於對外發生公法上效果之所為，只能算做行政作用之一部——公法行為——罷了。我們現在所應採取的固然是狹義說；不過在研究行政作用時關於最廣義的意義也不能沒有相當的說明。

凡是行政機關一切行為也有不發生法律上效果的，也有對內對外發生法律上效果的；前一種是事實行為，後一種是法律行為。事實行為更可分為兩種：(1)對人的事實行為，這是行政機關對外所為，雖則也是對人關係却非直接發生法律上的效果；如同宣傳行政政策、預防傳染病等類。(2)對物的事實行為，這是行政機關為了行政上某種目的，對於目的物上所為的行為；如同興辦公共事業、因而建築營造物之類。不過呢，事實行政固然是直接不發生法律上的效

果，但和法律行爲也未始沒有發生因果聯絡的可能。至於法律行爲本有公法行爲和私法行爲兩種；公法行爲却有對外和對內的分別。對內的行爲是上級官署對於下級官署發生法律上的效果之所爲，屬於一種行政監督的作用，上面已經說過。對外的行爲却是行政機關對於一般人或特定人所爲直接發生法律上效果的行爲。

前一段所說的行政行爲原是最廣義的，原是相當於行政作用的意義。在這種意義之下，所有事實上的行政作用和法律上的行政作用一律可以叫做行政行爲；就是屬於行政立法，行政司法事項也包括在行政行爲範圍之內了。但是，我們在行政法上所研究的行政作用或行政行爲却有一定的界限；如同公法行爲，行政司法，以及行政立法中的命令，才是研究的對象。

## 第二節 命令

### 第一款 命令的意義和類別

命令是依於一定的形式，公布而表示的國家意思。命令和法律不同之處就在法律要經議會議決，命令却是由於行政權的活動而發布。至於命令的內容

也有和法律的性質相同，也有全屬行政作用；前一種叫做法規命令，後一種叫做行政規則。法規的制定原是屬於立法事項，得用命令制定，無非由於憲法或法律的授權。因憲法或法律的授權而得用命令制定的法規，共有左列四種類別：

(一) 緊急命令 這是一種國家元首的特權，可以替代法律。凡是立憲國家，命令固然不得變更法律，也不能替代法律；但是每逢事變驟然發生的時候，國會又在閉會期內，那就像日本憲法上就有這種緊急命令權的規定。行使這命令權，須得具備下列幾種條件：(1) 議院不能召集開會，(2) 時機急迫，(3) 維持公安或預防非常禍變，(4) 有發布緊急命令的必要。

(二) 獨立命令 國家元首有獨立命令權，現在也只有日本在憲法上保留着。這種命令是直接依據憲法而發布，和法律有同等的效力。但日本君主發布獨立命令時也受兩種制限：(1) 須是維持公共安甯秩序，增進人民幸福；(2) 不得變更法律。

(三) 執行命令 執行命令是規定法律細目的命令。關於這種命令的範圍却有兩種學說：(1) 執行命令的目的在使法律完全無缺，所以能夠補充法律

的缺陷；(2)執行命令得增減消長人民的權利義務；其實這兩種學說都未免過於廣泛。要曉得執行命令必以特定的法律為成立的前提，並且是對於這種特定法律在實用時所必要的程序，加以詳密的規定。通常執行命令總是依於施行細則這種形式發布之。

(四) 委任命令 委任命令是立法機關把某一種國家事務委任給行政機關自由處理，因而發布的法規命令。關於此種命令也有兩種學說：(1)議會把法律的必要事項委任於行政首長的命令，這是拋棄憲法上的立法權，要算違憲；(2)議會把特種法律事務委任於行政機關，不得叫做違憲；因為這是規定法律的一種方法。假使一切法律事項都要議會議決，那就事實上發生困難，並且和社會需要，各地方情況不盡相應。各國現行制度總是採取第二說，至於委任的方法如同：(1)祇設定委任命令，却不指明那一種機關可發命令；(2)指定特種機關發布這一種命令。

上面所說四種命令，本來不屬於行政機關的權限，在性質上應該容納在立法範圍以內；但是這幾種命令權的行使無非由於憲法或法律的授權。由於憲法授權的是緊急命令，獨立命令，執行命令；由於法律授權的是委任命令。這四

種命令中除了緊急命令是在危急時替代法律，和法律發生同一的效果，其他命令權却有一定的界限，其所得規定的事項和所發生的效力須受某種範圍的拘束。這種界限可以分做積極的界限和消極的界限：積極的界限就是法規命令的制定範圍要限於憲法或法律所授權的事項；消極的界限就是法規命令不得和法律相抵觸，並且不得制定憲法上關於立法權所留保的事項。所謂命令不得和法律相抵觸，因為這兩者雖則是同為國家所表示的意思；但法律實有最強力，法律的效力優越於命令的原則已為一般所公認，並且也是一國的法治精神所在。至於憲法上關於立法權所留保的事項，那就如同人民的各種自由權非依法律不得侵害的規定，就是一種留保事項；假使制定法規命令加以制限，便為違反憲法了；

國家元首所行使的命令權，緊急命令是有特殊的性質，獨立命令不過是君主國家的特例，通常所習見的却只有執行命令和委任命令。這兩種命令却有顯然的區別：第一，執行命令權直接為憲法所賦與，委任命令却由於法律的授權；第二，執行命令跟着所執行的法律而存在，委任命令却在所授權的法律廢止以後，並非當然失效。至於這兩種命令權關於積極的或消極的界限却是一

樣。

第二款 行政官署所發布的命令

君主或大總統依據憲法有發布命令的權，我國國民政府國務會議也有這種權力。發布命令，經國務會議議決，由國民政府主席及五院院長署名行之。其他各行政官署在其權限以內自然也得發布命令；並且行政官署的命令權也有積極和消極的界限。所謂積極的界限就是要基於法律或命令的委任；所謂消極的界限那就除了不得侵及立法權的留保和抵觸法律以外，還要受到其他的制限；如同不得侵及上級官署命令權的留保和抵觸上級官署的命令。行政官署所發布的命令既然由於法律或命令的委任而來；但委任却有一般的委任和特別的委任兩種：一般的委任是法律上或命令上並不指定發布命令的機關，特別的委任却是指定特種的機關。在一般的委任，是要依照官制上的規定，凡有此項權限的官署就得發布命令；如同省政府組織法第二條規定：「省政府於不抵觸中央法令範圍內，對於省行政事項得發省令，」縣組織法第五條規定：「縣政府於不抵觸中央及省之法令範圍內，得發布縣令，並得制定

縣單行規則，」在這些條文上就很可看出行政官署依於法律的委任，在不抵觸上級法令範圍以內，有制定命令的權限了。還有特別委任的命令却是關於特殊的事項由法律或命令的委任而發布，這種命令的內容須要限於所委任的事項，并且也只有所指定的官署有權發布。

### 第三款 命令的成立和消滅

(一) 命令的成立 命令的有效成立，必須具備實質上和形式上的要件。實質上的要件就是命令的內容不能和法律或上級官署的命令有所抵觸，以及侵及立法權或上級官署命令權的留保形式上的要件就是命令成立時所必要經過的法定程序，如同左列：

(1) 親署 命令本和法律一樣，同為國家的意思表示；但國家所為之意思表示，應有一定的程序。這就是先有意思決定，後有意思表示；前一種程序是親署，後一種是公布。法律須要經過議會中三次讀會，才得為國家的意思決定；命令却是經過親署的程序便決定了。一經親署，就把官吏個人心理上的意思決定而成為國家的意思。我國國民政府所發布的命令要由主席和五

院院長署名，蓋用國民政府之印；其他各官署所發布的命令，要由各該官署的主席，或長官，或常務委員署名，蓋用各該官署之印。總之，國家的意思對外能發生法律關係而成爲法律上的行爲，那就第一步所要具備法律上的形式就是親署。

(2) 公布 公布就是國家的意思對外表示，因而發生拘束一般人民的效力。大凡國家意思雖已決定，但却沒有對於一般人民表示，仍舊未曾完全具備形式上的要件，所以命令當親署以後，還要經過公布程序，方能有效成立。公布的方法無非要使大家知道，并且命令的公布本和法律一樣，只要有了適合的方法，至於公布後在實際上是否人人都能知道却不必問。法令的公布，因爲時代不同，方法也就互異，歷來是有朗讀法，揭示法，傳觀法，和公報公布法等類。現代所通行的是最後的一種，把命令登載在公報上就算是公布了。但是我國的行政機關公布命令有時却沿用揭示法。

(3) 施行期限 命令具備形式上的要件——親署和公布——以後，還得經過施行期限方能實際有效。這也是和法律相同。規定施行期限，大概不出下列三種：(a) 自公布日起當即發生效力；(b) 自公布日後到達某一日期便是



施行之期；(c)命令中規定以某種條件為施行期限，就在條件成就的日期施行。

(二)命令的消滅 命令消滅的原因如同左列幾種：

(1)廢止 有命令權的機關可以發布命令，也有權廢止命令，關於命令的發布和廢止，所適用的方式是相同的。

(2)取消 取消是上級官署對於下級官署所行使的監督權的結果；不過上級官署取消下級命令時對外發生效力，所以也要依照一定的方式公布，不比一般訓令僅是對內關係。並且，取消和廢止是有不同之點；廢止不過從廢止日起使命令失其效力，取消却得溯及既往，使命令從公布日起便歸無效。

(3)委任命令當委任的法律消滅時，委任命令由於法律的委任而來，如果該法律消滅，那末，委任命令也就跟着消滅。

(4)期限或條件的成就 附期限命令或附解除條件命令，當期限或條件成就的時候，這些命令也就歸於消滅。

上面所說的就是命令消滅的特殊原因，不過法規命令原也具有法律的性

質關於一般法律改廢和消滅的原則當然也可適用到命令方面。

#### 第四款 行政規則

命令的實質有具有法規的性質的，也有純然屬於行政權當然的作用的；前一種就是所謂法規法令，前面已經說過；後一種叫做行政規則，也有稱為行政命令。行政規則既然是行政權當然的作用，本無待於憲法或法律的授權。基於這種行政權限，不管是處理特定的事項或者設定適用於一般的法則，均無不可。但是，行政規則的範圍頗為廣泛，如同處務規程，服務命令，營造物規則等類都包括在內；並且，這種純粹的行政命令並無拘束一般人民的效力，不必像法規命令須要具備公布的要件。行政規則既然不須公布，但却也要用適當的方法明示。現在略舉數例如左，以便說明行政規則的內容怎樣：

(一) 關於官署內部組織的規程 這是各官署補助機關的官制；如同處務規程，服務規則等類，內中所規定的無非是那些事務分配，文書管理，辦公通則，以及請假，放假，值日等事項，完全屬於內部的組織範圍。這種行政規則對於一般人民絕無何項法律關係，全不帶有法規性質；還有關於營造物內部組織

的規程也是如此。

(二) 關於服從於特別權力關係的事項所下的命令。大凡對於官吏所發的職務上命令，對於軍人所發的軍紀上命令，都是屬於這一類的行政規則。這是對於一般人民也是不發生法律上的關係；至於官吏和軍人本已服從於特別的權力關係之下，因而受此命令或規則的拘束，不能算是一種新的法律關係，也就沒有法規的性質。

(三) 關於設定營造物使用之法律關係的規則。這是如同圖書館規程，博物館規程，博覽會規程等類。雖則設定對於使用者的法律關係；但却由於當事人的同意接受，並未限制他的自由意思；所以沒有法規的性質，不過是屬於行政權的當然作用。

(四) 關於事實行為的一切規定。凡是國家的事實行為，如同爲了要達某種目的而建築營造物，同時制作關於這種營造物的規定。在這種場合，完全是國家一己的行動，並不涉及他人的權利自由，當然屬於單純的行政作用，絕非法規命令。

### 第三節 行政處分

第一款 行政處分的性質和效力

(一) 行政處分的性質 行政處分是基於行政權而發生的行為，對於具體的事件設定人格相互間的法律關係，並且不依法律或命令的形式而成立。行政處分和行政法規同為國家的意思表示，但前一種是具體的表示，限於拘束特定的實在事件；後一種是抽象的表示，適用到一切和牠所定準則相合的事件。換一句話說，大凡受處分的是一人或數人，特定人或非特定人，沒有什麼問題，却必以對於特定的具體事實為特徵。這原是行政處分實質上的意義，至於在形式上，那就行政處分是和必須公布的法律或命令相對立，無庸具備一定的形式；假使某種行為實質上具有處分性質，但却適用法律或命令的形式，就未免缺乏形式上的意義了。並且，行政處分還是基於行政權而發生的行為，雖則是處理特定的實在事項，但和司法方面的裁判行為顯有不同。

處分權和命令權一樣，也有一定的界限。所謂界限大概如同左列四種：

- (1) 處分不得違反法規或者須有法規上的根據；
- (2) 行政處分固然不得違反法規，但是否必須根據法規，這却要看牠的內

容而定了。處分的內容如果有了侵害人民自由權利的地方，非有法規上的根據不可。

(3) 侵害人民自由權利的處分，如果是對於服從特別權力關係的人施行，那就在此權力範圍內沒有根據法規的必要，

(4) 侵害人民自由權利的處分，由於受處分者的承諾而成立，也可不必根據法規。不過關於這種處分，學者也有稱爲公法上的契約；但是，處分的成立雖得當事人的承諾，並非就已失去牠的特性。

(二) 行政處分的效力 行政處分是國權的發動，拘束人格間的法律關係。這一種效力所在本和法規相同。不過呢，法律的效力總是普及於一般，處分却有時不限於拘束特定的人；並且，法規是抽象的規定，行政處分却是對於具體事件的行爲；所以處分的效果有時發生普及的拘束力，但却不離現實的行爲。大概行政處分的效力所及是有左列幾個原則：

(1) 處分的效力得從受處分的當事人移轉給他的繼受人，這是如同受營業許可處分的人把營業移轉給別人時，那不必一定要有許可；但却限於法規上或處分的內容有了這種明示的意思。

(2) 處分有時對於羣衆的集合體施行，牠的效力却能及於各個人，如同解散羣衆的自由集會，雖則是對於特定的集合體，但不特定的個人同受拘束。

(3) 處分有時對於特定的事件施行，牠的效力却能及於一般人，如同禁止道路上的通行，禁止出版物的發行，雖則是道路和出版物受到這種處分，但一般人都受了不能通行，不能購買的拘束。

(4) 處分有時對於特定人施行，牠的效力却能拘束一般人，如同設定私權的處分，受處分的是個人，但一般人都受到不能侵害其權利的拘束。

(5) 處分的效力能夠拘束國家的自身，凡是由於行政處分而設定的法律關係，國家的各機關都要受着拘束。雖則處分是可以取消的，變更的，但在有效成立以後，未取消或未變更以前，其效力所及，國家自身亦受拘束。

## 第二款 行政處分的成立和消滅

(一) 行政處分的成立 行政處分的成立不必像法律或命令須有一定的公布形式，因為私法上的法律行為本有要式行為和非要式的分別，行政行為既是一種法律行為，自亦具備法律行政的通性，處分就是一種非要式行為。

不過處分雖則是屬於非要式行爲，却也不能沒有意思表示，至於表示的方法，大概對於特定人是用通知書告知，并且不必限於文書，有時口頭通知，亦無不可，但却須要明示。民法上關於法律行爲，得以默示的方法表示，這是不適用於行政處分。有時處分的效力能夠及於不特定的一般人，那就意思表示的時候，須要使得大家都有知道的機會，通知的方法不外於把這處分的內容揭示在一定場所或在公報上登載，上面所說原是關於處分的形式，至於實質方面，處分的有效成立：第一要出於有正當職權的機關；第二要爲處分的目的之可能；第三要和法規相抵觸。

## (二) 行政處分的消滅 行政處分的消滅原因共有左列三種；

(1) 目的消滅 基於行政權所爲之處分，本有特定的目的；如果目的消滅，效力就也無從存在。這也是處分和法規差別之處，法規沒有特定的目的物，只要本身存在，效力就不會消滅。至於處分本有特定受拘束的法律關係之存在，目的消滅，這種法律關係跟着消滅，處分當然沒有存在的餘地。譬如說行政機關所爲之作爲令的處分，當這種特定義務已經履行以後，處分的效力完成，處分就因而消滅。還有爲了目的物喪失，處分自歸消滅；如同命令某

家屋須行大掃除的處分；因為該家屋在掃除前便已失火焚燒了。

(2) 受處分者的死亡 對於特定人所爲的行政處分，該處分祇對特定人發生效力；如果特定人死亡，處分就跟著消滅，但是處分效力可以移轉於繼承人的不在此例。

(3) 取消 取消可以使得處分喪失其效力，是爲處分消滅的原因。不過取消也是一種行政處分，也有一定的界限。凡是取消的行爲有害於私人的自由權利，就須根據法規；否則，也得和法規不相抵觸。行政機關所得自由取消的限於不因處分而發生權利的法律關係以及不致爲了取消的行爲對於私人發生新的損害。關於取消的效力有溯及既往，也有不溯及既往，這是要看取消的原因了。對於完全有效的行政處分，因爲發生其他新事故方才取消，却不過喪失其將來的效力。至於取消有瑕疵的處分却以得有溯及既往的效力爲原則。至於有取消權限的機關，那就如同下列三種：(1) 原處分官署，(2) 爲該處分的上級官署，(3) 有行政訴訟裁判權的官署。

### 第三款 行政處分的種類



行政處分的分類標準，學者間本沒有一致的論定，通常是分做左列幾種：

(一) 下命處分 下命處分是國家命令人民作為或不作為的行政處分，這是不待人民請求，便可由片面行政權的活動，命人民負擔積極或消極的義務。不過要有法規上的根據。下命處分原是日本的法律名詞，我國現在却還沒有相當專門用語。下命處分可以分做作為令和不作為令，所謂作為令就是命令私人為特定的行為，其中還有關於財產權上的給付的就叫做給付令；至於不作為令却是下命禁止特定的作為的命令。作為令既有關於財產權上的給付或不涉財產權上的負擔的；所以前一種如同租稅的賦課固然是最重要的行為，後一種如同命令兒童上學，命令家屋大掃除，都是使人民負着作為的義務。反之，不作為令却是教那人民負着不作為的義務，如同預防傳染病時遮斷病舍的交通，修築道路時禁止交通，以及集會結社的解散等類。關於下命處分，并且還有一種特徵，因為不遵守這種處分就要被強制着履行，或者須受行政上的制裁。假使形式上好像一種下命行為，但却沒有一定的罰則可以加罰於不服從的人；那末，既然缺乏行政處分的效力，只能算是勸誡而已。

(二) 許可 通常所禁止的特定行為，對於特定人却解除禁止，這種行政

處分叫做許可。譬如說狩獵是禁止的，但得着許可的特定人就可以狩獵；火藥等爆裂物是禁止私賣的，但得到許可的特定人却可以營業，許可行為是以一般爲禁止的特定行為爲前提，所以解除一般所禁止的行為便係許可的特徵所在，但却有一點須要注意的就是得以解除禁止的特定行為限於法規上不是絕對禁止的事件，假使法規上所絕對禁止的行為，那就行政官廳也沒有解除禁令的權限。至於得由行政官署許可解除禁令的特定行為，也有兩種不同的情形。一種是由行政官署自由裁量許可或不許可，一種是法規上定有解除禁止的條件，如果具備法定條件以後，官署就應爲許可的處分；換一句話說就是行政官署只須審查這種許可解除的請求是不是適合法定條件，請求是具備條件的，那就不能拒絕。許可以外還有一種免除行為是和牠相對立的，要曉得許可是對於禁止某種作爲的解除，但法規上還有命令人民作爲的，解除這種作爲的拘束却叫做免除；免除可以對於單數特定人或複數特定人爲之，如同因爲饑荒就豁免某地方人民的田賦，因爲殘廢就免除某特定人的兵役等類。

禁止作爲的特定事項，一經許可，便發生解除禁令的效力；但許可的效力却

由於左列的原因而消滅。

(1) 目的物消滅 許可有對人的，也有對物的；對人的如同醫師開業的許可，對物的如同水電事業的許可。對人的許可，其效力的發生只能及於該特定人一身，其人死亡，許可的效力便歸消滅。對物的許可，雖則不限於只對某特定人發生效力；但事業組織一有變更，許可的效力便消失了；須要請求新許可。

(2) 時效 大凡受許可經營的事業，每每附有時間的條件，或者須在一定時期以內開始營業，或者在一定時期以內不得中止；假使違反這種法定時間的條件，那就許可的效力不免歸於消滅；

(3) 取消 取消本是行政處分消滅的原因，許可既然是一種行政處分，在通則上當然可以取消。不過呢，許可的取消不能漫無制限，悉聽行政官署的自由；如同受許可的事業在沒有開始經營的時候，固然不妨取消；但是一經着手進行，就非有特別理由不能取消了。所謂特別理由，如同(a)法規上有根據時，(b)取消權保留時，(c)許可有瑕疵時。

(三) 認可 本來不是法律上一般所禁止的行為，爲了要發生法律上的

效力，那才取得認可的處分。譬如說與辦學校原不是非法行為，不過私立學校所以要取得國家的認可，無非因此發生法律上的效力罷了。認可和許可不同之點有二：(1)許可是對於一般所禁止的行為在特定的場合解除禁令，認可却是對於無效的行為付與法律上的效力；(2)未受許可而為違法行為，須從罰則受行政上的制裁，未受認可的行為却不得加以制裁。至於認可的效力在於受認可的私人或團體所為之行為能夠有效成立；不過當事者的意思有瑕疵的時候，雖則受了認可，仍舊缺乏法律上的完全效力。

(四)特許 特許是國家對於私人或團體賦與公法上的特權，或設定特別的權利關係，或賦與私法上的權利。這種行政處分又可叫做設權行為。特許是設定一種新權利，這却和許可顯有差別，因為許可不過是解除法律上的禁令，回復到原來狀態，並沒有新的設定。特許既然是設定新權利，所以如同勳章勳位的授給以及對於考選合格的人賦與公務員資格，就有一種新權利發生。又像鑛業權、著作權、專利權的特許就是私法上權利的賦與，並且和設權行為相對立的還有一種剝奪行為，這是使得特定人喪失他的特權或權利的全部或一部之行政處分；如同公用徵收時剝奪私人的土地所有權，勳章勳位的褫

奪，以及法人的解散，特許權的取消等類。

(五) 公之證明 對於特定的法律事實或法律關係加以證明的行政處分，叫做公之證明。這種公證行為如同鑄造貨幣時，證明牠有法定的品位重量；檢定度量衡時，證明牠的適合法定條件；選舉人名簿證明選舉人的資格。其他還有私法上的法律行為有待於公定力的證明，如同不動產時登記，證明該產所有權的存在，戶籍簿上婚姻的登記，證明是項婚姻效力的存在。不過公證的效力祇在證明已經存在之特定的法律關係或法律事實，假使這種事實或關係在實際上並未成立，那就公之證明却沒有設定一種新的關係，新的事實的效力。譬如說實際上並沒有選舉人的資格，就在選舉人名簿上登記了，也是不能因而獲得選舉的資格。

上面所列記的都是幾種重要的行政處分，至於其他如同受理或不受理的行爲，通知或告誡的行爲，就有各別的意思義了。還有一種確認行爲，就是對於特定的法律事實或法律關係確認其存在，也有把牠稱做裁定的。這可不是一種獨立的行政處分，因為僅有這種確認行爲却沒有許可，認可，或特許的處分，却不會發生拘束力。譬如說對於發明專利特許的請求，假使僅對發明品裁定牠

是合於特許條例，却沒有特許的處分，那就這種裁定還有什麼獨立存在的意義呢？

#### 第四節 行政上的執行

執行是使國家意思獲得終局的效果的一種方法，在行政方面無論是命令，是處分，最後之目的無非是執行罷了。國家的意思表現以後，就要執行其意思；於是對內基於官吏的服務關係，設定懲戒的法則，對外基於人民的服從義務，設定處罰和強制執行的法則；這些方法全是保障國家意思足以獲得終局的效果。但是，國家意思的執行有屬於司法機關的職權，也有屬於行政機關的職權；在行政機關權限範圍以內所運用關於國家意思的執行方法不外行政罰和強制執行兩種：

(一) 行政罰 行政方面國家對於官吏的制裁方法有懲戒處分；對於人民的制裁方法有執行罰；此外還有所謂行政罰，這是和刑事罰相對立。行政罰和刑事罰性質上固然是大有差異；但在各國立法例上却沒有顯然界限的劃分，學者也沒有確定區別標準的主張。大概不為罪，責任年齡，自首，未遂犯，數罪

俱發等刑法總則上的原則是不適用於行政罰，並且裁判的機關也有司法官署和行政官署的不同。至於就行政犯和刑事犯的性質上加以觀察，那就學者多認刑事犯的行爲有罪惡性，行政犯却不帶罪惡，却不過違反國家的命令和禁令而已。行政罰中主要的如同違警罪的即決處分；不過違警罰是不是應該算做行政罰，歸屬於行政機關權限範圍以內，原是很有問題。其他如同關於國稅或地方稅犯則者的處罰，下級地方自治團體中犯則者的處罰，都是屬於行政罰，能夠設定罰金或過怠金等處罰的方法。

(二) 強制執行 行政上的強制執行是行政機關對於特定人不遵照法令或處分履行其義務的時候，得用強制手段命其履行，這可分做左列幾種：

(1) 代執行 義務者不肯履行義務，行政官署就代他履行或教第三者代爲履行。所有履行的費用另向義務者徵收。但是，在下列三種情形，却不得爲代執行，如同：(a) 處分之目的是在使義務者不作爲；(b) 處分之目的必須使義務自爲，他人是不能代爲；(c) 受處分者全無資力。

(2) 執行罰 有履行義務的人不肯履行，並且還不能爲代執行；那末，就得以執行罰強制他作爲或不作爲。但當要施行執行罰的時候，須由該處分官

署先向義務者警告，等到一定的日期到來，義務者仍舊不肯履行，那就根據預告的制裁處罰他。並且當義務者未曾完全盡其所負擔的義務以前，可以屢次施行執行罰，不受一事不再理這一原則的拘束。這也是執行罰和其他處罰方法在性質上差別的所在。

(3) 直接強制 假使遇着急迫的事情，等不及代執行或預告義務者將有怎樣的制裁，或者用其他強制手段而不能達到目的；那末，還可直接強制義務者的本人，教他親自履行。這種直接的強制執行是對於義務者身體或財產加以實力，強迫其作為或不作為，固然是立即能夠發生效力的執行方法；但却須有法律上的根據。直接強制不僅在於保護公益，有時還保護私人利益；如同自殺者的制止，醉酒者的管束等類。

強制執行本有對人的和對物的兩種區別，上面所說是關於對人的強制執行；至於對物強制那就是對於義務者的財產加以強制的手段，以達到執行之目的。因為人民對於國家所負擔財產上的給付義務，有由私法上的關係發生的，也有由公法上的關係發生的，私法上的給付義務雖也得強制執行，但必須適用民事訴訟法上的程序；至於行政法上的對物強制執行，却是專對公法上



的給付義務而言，這種對物的強制執行是關於國稅的徵收，如同有納稅義務的人不肯繳納，國家就得對於他的財產強制徵收。這種強制徵收的方法，法律上大多有明文規定；並且，人民對於國家所負擔公法上的債務，有時法律上規定須適用私法，那就不得強制徵收，應該依照民事訴訟程序進行。

## 第十章 公用徵收

### 第一節 公用徵收的意義

公用徵收本有廣狹兩種意義：從廣義方面說，凡是爲了公共利益，徵收私人的動產或不動產；如同軍事上的徵收固然包括在內，就是關於歷史上，美術上足供參考的必要品，也是公用徵收的物體。這種廣義的公用徵收是不問公用的性質怎樣，目的怎樣，徵收的物體也沒有制限；至於狹義的意義却不然了。通常關於狹義的公用徵收的性質的解釋却是國家爲了公共事業的利益，有償的剝奪私人的不動產所有權和其他物權，同時對於興辦事業人設定新權利的行政處分。現在再分析說明如左：

(一) 公用徵收是一種行政處分 公用徵收是基於公法上的權力作用

而來；所以全不適用民法上的原則。從前學者也有主張公用徵收是強制買賣，這是因為公用徵收時對於不動產所有人原有一種相當的補償，表面上未始不有類於買賣；其實呢，買賣是契約行爲，須由雙方合意而成，斷不是強制行爲；所以強制買賣一語不能成立。或者以爲公用徵收起於公共事業必要的狀態，物的所有者當然發生被徵收的義務，可以算是一種準契約。這一類的主張也沒有完滿的理論，因為物的所有者本沒有在契約上被強制的義務，不過受着公法上的權力的強制罷了。總之，這兩說都是以私法上的法律關係爲立腳點，實則這是公法上的行政行爲，不能用私法上的原則前來說明。契約由於雙方同意，公用徵收是出於國家片面的意思。況且，買賣是權利移轉，公用徵收却是使得原來的所有權和其他物權消滅，另行設定新權利；買賣是繼受取得的原因，公用徵收却是原始取得的原因；這兩者是絕不相同的。照以上所說的看來，公用徵收實在是公法上的行爲，而爲一種行政處分。

(二) 公用徵收是爲了公共事業的利益。在個人主義的法律制度上，人民的財產權固然是受那憲法的保障；但是，爲了公共事業，公共幸福，或公共需要的目的；私人的不動產所有權未始不能基於公用徵收而被剝奪。歷來學者

解釋公用徵收的總是說爲了公共事業的利益，但却什麼叫做公共事業呢？比較各國法律，大概可以分做左列兩種制度：

(1) 認定制度 這是對於徵收的要件和程序，在公用徵收法上有一般的规定；至於怎樣的事業才適合於公共利益這一要件，那就歸主管官署認定；如同法國制度。

(2) 指定制度 這種制度還有兩種分別：一種叫做特別指定制度，這是沒有一般適用的公用徵收法，却對於各種特定事件，分別用明文規定；如同奧大利曾經適用的公用徵收制度；還有一種叫做一般指定制度，這是在公用徵收法上列記公共事業的種類；如同普魯士曾經施行的公用徵收制度。

上述兩種制度互有優長和缺陷，認定制度能夠適應時代的需要，却容易發生專斷的弊害；一般指定制度雖則法律上設有一定的範圍，主管官署不能自由專斷，但有時對於新公共事業無從援用公用徵收法。我國土地徵收法（民國十七年七月二十八日國民政府所公布）是採取一般指定制度，所列記的（第二條）公共事業是合於下列各款情形之一者爲限：(1) 關於創興或擴充公共建築物的事業；(2) 關於開發交通的事業；(3) 關於開闢商港及商埠的事業；

(4)關於公共衛生設備的事業；(5)關於改良市村的事業；(6)關於發展水利的事業；(7)關於教育、學術、及慈善的事業；(8)關於創興或擴充國營工商業的事業；(9)關於佈置國防及其他軍備的事業；(10)其他以公用爲目的而設施的事業；像這樣的列記，所包括的範圍却也廣泛得很了。并且，我國土地徵收法上還有一個特點，就是徵收土地時不僅限於公共事業的利益，該法第一條規定國家依左列情形，有徵收土地的必要時，就依該法施行如同：

(1)興辦公共事業；

(2)調劑土地的分配，以發展農業，改良農民的生活狀況。

第一款原是通常公用徵收的目的所在；第二款却是國家基於土地政策上的必要，扶助小農，促進農業，改善農村生活；因而徵用土地，以求分配上的均衡趨向。這是一面注重人類對於社會應負擔的義務，一面也承認人民的土地私有權；所以利用這種行政處分去調劑土地的分配。

(三)公用徵收是有價的剝奪私人的不動產所有權和其他物權。學者有主張公用徵收的本來意義專對不動產所有權剝奪而言，並不及於其他物權，但實際立法例上並非限於所有權一項；如同我國土地徵收法第四條第四

項規定：「稱關係人者謂於被徵收之土地有權利之人，」足見關係人於土地上所設定的其他物權也是一併徵收在內。並且，所有權和他物權的剝奪是限於不動產，這是因為動產中替代物部分，得以同種同量的物供給需要，沒有強制徵收的必要；關於不替代物部分，那就也非興辦公共事業時的必要品。所以公用徵收須以不動產的徵收為目的，所謂不動產包括土地和土地的定着物，而土地之徵收却是主要目的所在，關於公用徵收的意義上，還有一個要點，就是徵收時須要給付補償金額。這種補償金額，並非損害賠償的性質；要曉得損害賠償是基於民法上的原則，由不法行為或不履行債務而發生；至於公用徵收的根本觀念原是不動產所有人對於社會所應負擔的義務。不過呢，不動產所有人對於社會雖則負有義務，但公用徵收畢竟和租稅的性質不同，租稅是一般人都負擔繳納的義務；公用徵收却是國家對於特定人使負擔特定義務。既然不是一種平均普遍的義務，因而由國家給以相當的賠償金額；這也無非使得當事人不至獨負深重的義務。

我國土地徵收法上還有一個要點，所謂徵收是不僅限於所有權的剝奪，並且包括租用在內。該法第四條第一項設定立法的解釋，其解釋徵收的意義是：

「本法稱徵收者謂收買或租用」

(四) 公用徵收設定一種新權利 公用徵收時固然剝奪私人的不動產所有權，同時却對於興辦事業人設定一種新權利。這種新權利是國家以行政處分設定，是原始取得，並非向舊所有人讓受而來。假使僅有剝奪私人的不動產所有權和其他物權，並不另行設定新權利；那末，雖有賠償也不得叫做公用徵收。譬如說出於衛生行政上的目的，燒燬染疫的家屋；雖則也是剝奪他人不動產所有權，但却沒有新權利發生，當然不屬於公用徵收範圍。

## 第二節 公用徵收的主體和物體

(一) 公用徵收的主體 公用徵收既因興辦公事業的必要時而施行，所謂公共事業的興辦却不限於國家自身，凡是省市縣地方自治團體或人民均得為興辦事業人。但是牠們能不能算做公用徵收的主體呢？這是我們應該知道的，公用徵收的主體是屬於國家；因為徵收行為並非契約行為，乃係國家的行政處分。地方自治團體或私人雖則得為公共事業的興辦人，却沒有徵收權。學者間或者以為自治團體有徵收權，也有主張國家把徵收權特許給自治

團體或私人；其實呢，自治團體或私人不過僅有徵收請求權罷了。國家雖則把與辦事業的權特許與自治團體或私人，徵收權却不在特許之列。與辦事業人——自治團體或私人——因國家行政處分所設定的新權利而取得對於被徵收土地的所有權，這原不是繼受取得，對於舊所有人並不發生直接關係，這些與辦事業人基於徵收請求權行使的結果，從國家所為之行政處分而取得權利，這種關係當然不是公用徵收權直接行使的關係；所以他們也不是公用徵收的主體。

(二) 公用徵收的物體 關於公用徵收的物體是有兩個問題：(1) 公用徵收的物體是不是限於土地呢？(2) 國內的土地是不是不問所有者為誰一律可以徵收呢？關於第一問題，通常總說公用徵收的物體是不動產；不過，土地原是不動產的主要部分，土地上的定着物無非附帶着徵收罷了。土地固然是不動產的主要部分，並且土地徵收法第四條第二項第三款解釋土地的意義是：「稱土地者凡宅地、田園、鑛山、沙地、荒地、街市、道路、河川、溝渠、池沿、葬地等皆屬之，」可見土地的範圍也很廣泛，河川及溝渠也包括在內。關於第二問題，那就私人的不動產固然是公用徵收的物體，其他如同國家和自治團體的公有物以

及狹義的國有不動產是否可以徵收，學說上就有點異同了。並且，這是要分別觀察的，大凡主張公有物不能為公用徵收之物體的理由，以為公用徵收的效果在使興辦事業人取得土地上的新權利，所以可得徵收的物體限於可為私權目的之物。公有物在性質上是不融通物，不能為私權之目的。至於反對的主張却以為公用徵收原是注重公共事業的利益，所以應該比較公共關係利害的輕重；如果公共利益所關重大，那就自有依法徵收的必要。不過呢，在事實上假使興辦事業人就是公有物的所有者，本來沒有什麼問題，只要先把公有物關係解除了。反之，這兩者不是屬於同一的人格也得基於協商的結果或依於行政上的程序把牠解除；所以就從法理上主張公有物不能為徵收的物體，但在事實方面却未始沒有辦法。至於國有不動產得為徵收物體在法理上自有完滿的解釋；因為國家自為興辦事業人的時候，本就無所謂徵收；其他自治團體或私人為事業主體的時候，那就國家的財產權本和私人的財產權沒有什麼差別，應該適用同一的法則。不過反對徵收國有不動產的學說以為國家既然是徵收的主體，豈得同時再為被徵收的義務者，假使這是適當的；那末，豈非國家表現兩重人格？然而迴護的學說却主張國家的意思本從各機關分別



表現出來，意思的不一致却無妨於人格的合一；如同代表國家的官署有時服從司法機關的裁判，並且，各機關所表現的意思雖有差異的地方，但終究却歸於統一。

公用徵收的物體——土地——因為公用事業或調劑土地的分配而被徵收，其徵收的面積是以必要為限度；但亦有例外的存在。所謂例外就是在必要限度以外，由土地所有人基於財產上的利益要求徵收。在土地徵收法上有左列的規定：（第三十一條及第三十二條第二項。）

(1) 土地除徵收者外，尚有餘地不能為從來之利用時，土地所有人得要求與辦事業人一併徵收之；

(2) 土地附着物若因遷移致不能為從來之利用時，其所有人得要求徵收之。

關於公用徵收物體的確定，其權限有屬於司法機關的，有屬於行政機關的；前一種如同法國制度，後一種如同普日制度。我國土地徵收法是採用普日制度，徵收的準備行為須由中央或地方行政官署核准。

### 第三節 公用徵收的效果

(一) 權利的取得 與辦事業人一面取得被徵收物體的所有權，一面對於土地所有人為補償金的給付，這就是公用徵收本來的效果。關於這種效果可以分做權利的取得和補償金的給付兩項說明如左：

(1) 權利的取得 與辦事業人由於公用徵收而原始取得被徵收物體的所有權，這是一種新設定的權利，因為國家的行政處分而發生，並非直接對於舊所有人有何法律上的契約關係。通常公用徵收關於權利的取得之意義便是如此；不過我國土地徵收法上不僅取得土地所有權，有時不收買土地，却只取得租用權。

(2) 補償金的給付 關於補償金的給付，學者也有主張這是公用徵收的條件而不是效果；所謂條件無非為了補償金，既然是補償土地所有人和關係人在被徵收時所受的損失，並且須要先行給付；所以好像是一種條件。其實呢，因為所有權剝奪的結果，才發生損失補償問題，這種補償金應該看作公用徵收的效果。在各國立法例上，補償金的給付大概在實行徵收以前，我國也是如此。土地徵收法第三十六條規定：「與辦事業人應於徵收土地前給付補償金於土地所有人及關係人，」並且依據該本條第二項規定，與辦

事業人可以把補償金提存起來，如果有了左列情形之一：

(a) 受補償金人拒絕受領或不能受領時；

(b) 應受補償金人之所在不明時；

(c) 受補償金人不服徵收審查委員會關於補償金額部分所為之議定時，但經受補償金人之請求者，應給付之。

(二) 附帶的效果 公用徵收之附帶的效果就是當公共事業廢止的時候，被徵收者以及他的繼承人所享有買受權。這種買受權所包含的內容是：(a) 先買的權利，(b) 依補償金價額買回的權利。我國土地徵收法上沒有關於這種權利的規定，所以土地徵收上也沒有這種附帶的效果可以發生。

#### 第四節 公用徵收和公用制限的區別

公用徵收和公用制限有什麼區別呢？這是要說明公用制限的意義怎樣，然後才能明白這兩者的區別所在。公用制限本有廣狹兩種意義，但通常所說關於牠的意義就是公用制限乃係爲了公共事業的利益，根據法律上的規定，直接對於他人所有地使負擔消極或積極的義務；分析開來說便是：

(一) 公用制限是爲了公共事業的利益。公用徵收和公用制限都是爲了公共事業的利益，這一點原沒有什麼區別。不過呢，有些學者主張公用制限可以分爲公用地役和狹義的公用制限兩種；所謂公用地役是爲了已成的公共事業的利益而設定；否則就沒有使用要役地的必要。

(二) 公用制限是直接對於他人所有地使負擔消極或積極的義務。公用制限從廣義說也有對於個人的所有權加以制限，但在上面所說的意義之下，却是限於土地的制限。至於消極和積極的負擔，那就前一種是容忍或不作爲的義務；後一種是負擔特定財產給付的義務。譬如說建築江河堤防的時候，得命沿岸居民供給必要的材料，就是所謂積極的負擔了。又如某種公共事業的建築物動工的時候，把土木砂石堆積在別人土地上面，却不得拒絕，這就是消極的負擔了。

(三) 公用制限要有法規上的根據。公用徵收須依照公用徵收法，公用制限也是要有法律上的依據。雖則個人對於社會是負擔義務的，財產權的行使並非絕對不可侵的；然而關於所有權的制限却也不便聽由行政官署自由處分。

公用制限的意義已如上面所說，至於牠和公用徵收區別之點，那就最重要的就在公用徵收是爲了公共事業的利益，剝奪土地所有人的所有權；公用制限却是制限他的所有權，使負擔消極或積極的義務。並且，公用徵收是以有補償損失爲原則，公用制限却應該以不補償損失爲原則。

## 第十一章 行政救濟

行政救濟是對於違法或不當的行政命令或行政處分侵害人民權利或利益，因而設定的救濟方法。要曉得行政上的作用固然不能違背法規，但却因爲行政權的活動處處和人民發生密接的關係，所以就在法規範圍以內，如果偶不謹慎，那就不當的行爲已經足以侵害人民的法益而有餘。爲了救濟這種行政上的違法或不當行爲侵害人民的權利或利益，是不外下列兩種方法：（一）對於不法行政而爲變更或取消的請求；（二）損害賠償的請求。前一種是依於訴願或行政訴訟的形式而請求救濟；後一種却爲了不法行政的結果，損害人民的財產，於是依從民事訴訟法上的程序，而爲損害賠償的請求。我國從前北京政府所頒布的行政訴訟法和訴願法現在已經不能適用，現行制度上關於

行政裁判機關，是在司法院設置行政法院。這種新組織將如何建立我國新的行政裁判制度，却還沒有充分時間給我們研究，本章無非對於訴願和行政訴訟為一般原則上的說明。還有關於國家過誤行政怎樣依於民事上的訴權去救濟也要留待將來詳加討論了。

### 第一節 訴願

#### 第一款 訴願的意義

訴願是爲了不當的行政處分，侵害個人利益向行政官署所提起請求變更或取消這種處分的救濟方法，並且是人民的權利，說得仔細點，就是：

(一) 訴願是請求取消或變更行政處分的救濟方法。行政處分是對於特定人而施行的，因而這特定人受了損害，就得依於這種救濟的方法，請求取消或變更這種處分。假使是一種法律，或是一種普遍有效的命令，那末，雖則牠是惡法，是有害的命令，侵及一般人的權利或利益，然而却不能對牠提起訴願。

(二) 訴願是對於侵害個人利益的不當行政處分而提起。這原是關於訴願的意義之一般的見解，訴願和行政訴訟不同之點也在這種性質上。因爲

行政訴訟是對於侵害個人權利的違法處分所提起的救濟方法，訴願却是對於不當處分的救濟。前一種限於法規的違反，後一種就是對於法規範圍內的不當處分也得請求取消或變更。學者也有否認訴願的意義是這樣的解釋，其所持的理由以為各國訴願法上，凡是關於違法的處分也包括在訴願的範圍以內；並且，像奧國制度，行政訴訟事件，除了法令特別規定以外，須要先行經過訴願的程序，然後才得提起訴訟；那末，訴願和行政訴訟已經沒有什麼差別！——從事件的性質上說——訴願事件也不僅是限於不當的行政處分。這原是不錯的，如果從實際的法律條文上去研究，訴願事件不僅是些對於不當處分的救濟請求。不過呢，就法理說，訴願的本來性質重在對於一般行政處分的救濟，使上級行政官署——或者在原處分官署——對於下級官署的處分，審查牠是否不當，是否侵害個人利益。至於違法事件也在訴願範圍之內，却不是訴願的本來目的。

(三) 訴願是向行政官署請求取消或變更原處分的救濟方法。這是訴願和行政訴訟在形式上顯然不同的地方，也就是訴願的特徵所在。關於行政訴訟的裁判或由國家特設行政裁判機關，或歸普通法院受理；至於訴願却不

然。訴願是向原處分官署的直接上級官署爲對於原處分再審查的請求上級官署的決定仍舊是一種行政處分，其效力的發生有異於裁判上確定的既判力。

(四) 訴願是人民的權利 訴願的提起，有裁決權限的官署負着必須受理的義務。人民訴願的權利原是一種公權，爲法律所賦與，一面有請求行政官署爲適當裁定的權利，一面就有受理而加以審查裁定的義務。並且，有時上級官署對於原處分取消或變更還有待於訴願的提起。因爲關於監督權的行使，上級官署並非漫無制限，如同涉及第三者既得權的行政處分就不能任意取消或變更。在這種場合須有人行使訴願的權利，然後可以引起上級官署對於這種行政處分取消或變更的職權的適法行使。

## 第二款 訴願提起的要件

(一) 訴願事件 關於訴願事件，在訴願法有採取概括主義的，有採取列記主義的。我國舊訴願法上是概括的規定，如同該法第一條說是人民對於下列各款事件，除了行政訴訟法和其他法令別有規定以外，得提起訴願：(1) 中央



或地方行政官署之違法處分，致損害人民權利者；(2)中央或地方行政官署之不當處分，致損害人民利益者。概括的規定以外，像日本就是採取列記主義。日本法上所列記的訴願事件是：(1)關於徵收租稅和手數料事件；(2)關於租稅滯納處分事件；(3)關於營業許可或取消事件；(4)關於水利土木工程事件；(5)關於區分土地官有民有事件；(6)關於地方警察事件；其他法律勅令中特許訴願事件。這種列記的方法在適用時當然不免要發生不足應付各個具體事件的困難；所以概括規定比較上便於適用。我國將來新訴願法上大概仍舊是採取概括主義。

(二) 訴願權利者 訴願固然是人民的權利，但行使這權利時須要限於對於不當或違法的行政處分受到權利上或利益上損害的人，並且，所謂受損害的人不僅指那自然人而言，就是法人也得為訴願權利者。

(三) 訴願的受理機關 上面已經說過訴願是向原處分官署的直接上級官署提起，訴願和行政訴訟形式上不同之處亦即在此，並且，提起訴願以後，如果不服該上級行政官署的裁定，還得向再上級官署提起訴願。不過有時爲了中央或地方最高級行政官署所爲的不當處分，沒有上級監督機關可以受

理訴願，就也得向原處分官署提起。我國舊訴願法上就是這樣規定。

上列三項都是訴願提起的實質要件，此外在形式上當然也要呈遞法定程式的書狀，並且從行政官署的處分書或訴願裁定書達到以後，須在一定的期限以內提起訴願。假使逾越了期限，是爲了發生事變或故障；那就須得聲明這些理由，獲得許可，才得提起有效的訴願。

## 第二節 行政裁判

### 第一款 行政裁判的意義

(一) 實質上的意義 要說明行政裁判實質上的意義，那就須得解決「什麼是裁判呢？」這一個問題。關於裁判的觀念，學者有主張裁判是就兩個人格間法律上的爭執而加以決定的行爲；也有主張裁判是決定法律問題的行爲。前一種主張不是裁判的通性，因爲行政裁判是對於不服國家所爲的行政處分而提起的訴訟，加以判決，國家自爲處分，自爲裁判，並非站在兩個人格間的第三者，決定他們法律上的爭執。至於說裁判是決定法律的行爲，那就反對的主張却以爲除了決定法律的問題以外，就是關於自由裁量事件也是屬於

裁判行爲。基於這種觀念，論究行政裁判，自然說是這種裁判不僅是解決法律問題，並且在決定行政行爲怎樣才不是違反公益。不過呢，這些理論是一種立法的見解；至於從裁判的本質上去研究，那就裁判無非是爲了維持法規，對於具體的事件，確定法規之適用的行爲。行政裁判也不能離開這種意義，不過牠是關於行政事件的裁判，和司法裁判所處理的民刑事件不同罷了。

(二) 形式上的意義 行政裁判形式上的意義就是指那國家特設的行政裁判機關，依照法定程序，裁判行政訟爭事件的行爲而言。大凡在行政裁判和司法裁判分立的制度上，有特設的屬於行政系統的國家機關管理行政事件的裁判。在這種制度之下，凡是形式上屬於行政裁判機關處理的事件，不必適合於實質上的意義；如同在法規的適用範圍以外，裁判那種屬於行政官署自由裁量範圍內的處分是否正當，也能不失爲形式上的行政裁判。並且關於訴願事件也有爲了違法處分而提起的，裁定這種處分是不是違法，說到實質上的意義就叫做行政裁判；不過呢，在形式上牠是訴願，要歸上級行政官署去裁定的。所以行政裁判形式上的意義和實質上的意義常常不一致，特設行政裁判機關所處理的不必盡屬於實質的行政裁判；反之，有時決定法律問題——

——在訴願法上——成爲上級官署審查下級官署之處分的行爲。我們從形式上去觀察，不必涉及所裁判事件的內容怎樣，只要捉住這裁判是不是出於特設的行政裁判機關這一點就是了。如果是這一種機關依照法定程序所爲的行爲，在形式上的意義上就被承認爲行政裁判。

## 第二款 行政裁判制度上的幾個要點

各國的行政裁判制度上，有把行政訴訟審判事宜歸入司法範圍，也有離開司法裁判而別設行政裁判所的。行政裁判制度本來發生於法德等國；法國在舊日王政時代，行政訴訟便已不受司法的干涉。孟德斯鳩的三權分立學說也沒有主張把司法權擴大到行政訴訟方面，法國直到現在還是拒絕司法權的干預。德奧等國初設行政裁判機關的時候，却有兩派主張：一派要歸入司法機關裁判，一派要獨立設置；結果是採取後一種主張。現在把幾種行政裁判制度上的要點分述如左：

(一) 英國制度 英國是司法機關可以裁判行政事件的，一切訟爭事項沒有司法和行政的區別。這是因爲英國不是把公法關係和私法關係嚴格分

別，對於從行政處分而發生的權利義務無非是普通法上的關係；所以無所謂行政事件和民事事件的差異，一切法律問題都要受司法裁判。

(二) 法國制度 法國的行政裁判機關原是一種行政組織，並非獨立設置；在地方有州參事會，在中央有參事院。州參事會是初審的行政裁判機關，參事院却是初審而兼終審。參事院是劃分為五部，內中一部專管行政裁判，就叫做行政裁判部。不過這行政裁判部對於行政訴訟事件審查以後，須由其他四部派出議官共八人，會同行政裁判部議官組成會議，加以裁判。

(三) 德國制度 德國是設置獨立的行政裁判機關，如同新憲法第一百零七條規定：「宗國和各邦應該頒布法律，設立行政裁判所；以便保護個人對於行政官署命令和處分的反抗，」並且德國向來是設有獨立的行政裁判所，各邦大多都有同樣的設備；雖則制度上有點參差不齊。在各聯邦中多數採用二審制，也有採用三審制和一審制的；大概採用二審制的第一審裁判和採用三審制的第一、二審裁判並不是歸純粹的行政裁判所處理，却有行政官署參加其間。

(四) 奧國制度 奧國的行政裁判機關是單一制，只在中央設立行政裁

判所。這種制度的特徵是：(1) 最高法院在一定限度以內，仍舊保有行政訴訟裁判權；(2) 提起行政訴訟，須要經過訴願的程序；對於訴願的裁定，如果在事實和法律兩方面均不甘服，就得向行政裁判所提起行政訴訟。

我國現行制度上關於行政裁判是有一種新創制，把行政裁判機關從行政組織系統上脫離開來，在司法院裏面設置行政法院，依法管理行政訴訟審判事宜。從前德國學者主張行政裁判要從司法機關獨立的理由，如同(1) 司法官的教育和經驗無非偏重於刑法和私法方面，行政法上的知識和行政經驗却未必充足；(2) 把行政事件歸屬於司法權監督之下，不免侵害司法的獨立。但像我國在司法院中另設行政法院，却不會發生上說兩種弊害。這是因為設立行政法院，當然可以任用富於行政法上的知識和行政經驗的法官。並且，司法院是國民政府最高司法機關，處理一切審判事件，那就行使行政裁判的職權也不算侵害行政獨立。要曉得這是司法機關對於一切法律上訟爭事項加以裁判，絕非干涉行政機關的事務，也不反乎裁判的實質上的意義。雖則事務上有牽連着的關係，權力却依舊是分立的。

### 第三款 行政訴訟

## 第一項 行政訴訟事件

所謂行政訴訟事件就是行政裁判的範圍，在各國立法例上有採取概括主義的，也有採取列記主義的。採取概括主義的如同奧大利行政裁判制度，凡是行政官署的違法，損害人民的權利，都得提起行政訴訟。採用列記主義的如同普魯士，不過關於警察事件和直接關稅的賦課，却又是概括的規定。日本也是採用列記主義。所列記的行政訴訟事件是：(1)關於海關稅以外的租稅，手數料事件；(2)關於租稅的滯納處分事件；(3)關於營業的許可和取消事件；(4)關於水利和土木事件；(5)關於查定土地官有民有的區域事件；以及其他依法律勅令所准許的事件。至於我國，那就舊時行政訴訟法上第一條所規定人民對於下列各款事件，除法律別有規定外，得提起行政訴訟：(1)中央或地方最高級行政官署之違法處分，致損害人民權利者；(2)中央或地方行政官署之違法處分，致損害人民權利，經人民依訴願法之規定，訴願至最高級行政官署，不服其決定者。列記方法使得違法行政的救濟的範圍過於狹仄，這就是牠的弊害所在。概括主義確是長於列記主義，假使把兩種主義兼收並取，那就更為適合。

第二項 行政訴訟程序

(一) 當事人和參加人 行政裁判本和司法裁判一樣，要經行一定的訴訟程序。行政裁判機關是獨立的，訴訟當事人是要參和於訴訟的進行的，判決是有既定力的。至於什麼叫做當事人呢？要曉得站在訴訟程序中起訴者的地位而請求裁判的人叫做原告，站在相對的地位而為被請求裁判的人叫做被告；所謂原告和被告都是站在當事人地位。但是，在行政程序上站在當事人地位上是誰呢？原告呢，自然是那受行政官署違法處分所侵害的權利者；被告呢，就是那行政官署了。官署本來是沒有獨立的人格，牠所以能夠站在被告人的地位就和刑事訴訟程序中檢察官站在原告人的地位一樣；不過是形式上的當事人，並非真實的當事人。並且，當事人以外還有一種參加人，就是有利害關係的人，或由自己意思參加，或由行政裁判機關以職權教他參加。

(二) 行政訴訟提起的要件 提起行政訴訟的時候，須要具備左列要件：

(1) 提起行政訴訟的事由 這就是得以提起行政訴訟的事由，須要限於法定範圍內的行政裁判事件，却不管牠是列記的，或是概括的。



(2) 起訴權 所謂有起訴權的人就是受了行政處分而損害其權利的人；不過呢，有時雖則並非直接受那處分的當事者，却爲了行政官署對於第三者所爲的行政處分，他的權利也受着損害，這也未始無權起訴。

(3) 法定期間 行政訴訟的提起，須受法定期間的拘束。我國舊行政訴訟法上是在違法處分書或決定書到達的次日起，六十日以內提出。

(4) 書狀 行政訴訟的提起，須用訴狀和其他書狀；正本以外還要繕具副本。訴狀中所應該載明的却不外於(a)原告人的姓名、年齡、職業、住址；(b)被告的行政官署或其他被告；(c)起訴的事實和理由；(d)證據。

(三) 裁判、判決和執行 行政訴訟提起以後，關於裁判的程序大概是：

(1) 裁判 裁判是採取公開主義，口頭審理主義；但例外因當事人的請求，也得用書狀裁判。

(2) 判決 行政訴訟的判決，或者是維持原處分，原決定，或者是取消或變更原決定。這種判決是無從上訴；一經判決，便已確定。

(3) 執行 當行政訴訟判決以後，如果要取消或變更原處分，那就可以由行政裁判機關呈請行政首長批令主管官署執行。

## 第十二章 權限爭議

### 第一節 權限爭議的意義

權限爭議是系統不同的兩官署間，對於同一事件各別主張屬於自己權限以內，或者互相推諉，這種爭議就叫做權限爭議。所謂系統不同的官署，像行政官署和司法官署；至謂行政官署和行政官署或司法官署和司法官署相互間却是同系統的官署了。大凡系統相同的官署所發生權限上的爭議本來叫做主管爭議，和權限爭議是有區別的。通常行政官署相互間的主管爭議，無非由該管上級官署決定。省政府組織法第十六條規定：『省政府各廳處間關於職權發生爭議時，由省政府呈請國民政府裁決之。』所謂各廳處間關於職權發生的爭議就是主管爭議了。又像國民政府組織法第十二條規定：『院與院間不能解決之事項，由國務會議議決之。』所謂院與院間不能解決之事項，關於權限爭議自也可以包括在內。

權限爭議有積極爭議和消極爭議的分別；凡是同一事件，兩官署一律主張是屬於自己權限範圍以內，叫做積極爭議；反之，兩官署同時主張不屬於牠們

的權限，叫做消極爭議。並且，權限爭議的提起，此權屬於何人，也要看積極爭議和消極爭議而定。大概在積極爭議，提起的權大都屬於行政官署；在消極爭議，那須由那條爭事件的當事人提起了。

## 第二節 權限裁判制度

權限爭議既然是系統不同的官署間發生爭議，不能聽憑任何一方上級官署的裁決；所以須要設立特別裁判機關。關於這種權限裁判制度，在各國立法例上有左列幾種不同的組織：

(一) 議會有權限爭議的裁決權 如同瑞士制度。

(二) 君主或大總統有權限爭議的裁決權 法國在一七九零年曾經施行這種制度；普魯士從前帝制時代也曾行過。

(三) 法院有權限爭議的裁決權 如同英美等國。

(四) 設置獨立的權限裁判所 法國和德國的多數聯邦採用這種制度，這就是組織一個特別的權限裁判所，裁決權限爭議。

在日本，關於權限爭議的裁決，是有下列四種辦法：(1) 行政方面各部的爭議，

由內閣裁決；(2)行政機關和司法機關的爭議，由裁判所裁決；(3)各裁判所間的爭議，由直接上級裁判所裁決；（這一點在我國訴訟法上也是一樣。）(4)行政官署和行政裁判所的爭議，由行政裁判所裁決。至於我國呢，那就現在關於權限爭議的問題還沒有一種確定的制度。



法學新  
著之一

世界書局最新出版

硬面精裝  
道林紙精印

一册一元二角五分

# 英國憲政論

屠景山著

第一章：英國憲政發達史；第二章：英國之下議院；第三章：英國之貴族院；第四章：預算制度；第五章：英國選舉制度史；第六章：英國之內閣制；第七章：英王；第八章：英國之政黨史；第九章：英國之文官制度。

研究法學的必備要籍 法校採作教本極適宜

董康先生說：憲法為諸法所胚胎乃政府與人民共信之物無憲法則諸法無系統非惟不足以保障人民適足以蹂躪人民也

夏晉暉先生說：英國是憲政之祖研究政治的必先研究英國政治

鍾洪聲先生說：屠君景山粹於法學而憲政之研究尤為精到

高一涵先生說：英國的憲政乃是實際政治經驗的結果

照上而各說着來可見本書所具的真實價值 不可不讀

朱鴻達  
律師著

# 新刑法論

世界書局  
最新出版

法學  
新著  
之一

本書是作者以研究刑法十餘年之心得  
依照中華民國刑法章次編著而成對於  
刑法……

有精確之定義  
有詳盡之敘述  
有深刻之研究

凡關於刑法上各方面之原理原則本書  
中一一與以解答

著者云：『這是當然的。我們對於現行法應該加以深刻的研究。也該儘  
量發揮此中的原理原則。以及實際應用的理論。並且對於法條裏面所  
包含的不能不有精密的觀察。本書對於這一點。却發表了作者個人的  
意見……以研究的態度討論一切。』於此可見作者編著本書之精神。  
以及本書材料之如何新穎。理論之如何切合時代矣。

洋裝一冊 定價一元五角

# 世界書局最新出版

## 刑事訴訟法新論

朱采真著

一册 一元二角五分

本書共六編。每編更分若干章節。以現行法為根據。編制清楚。說理透澈。為研究刑事訴訟法必讀之善本。第一編緒論。共十二章。若干節。第二編訴訟主體。共二章若干節。第三編通常訴訟程序。共十章若干節。第四編簡易訴訟程序。共三章。第五編執行。共四章。第六編附帶民事訴訟。共二章。第一編注重在制度和主義。其他各編均係根據中華民國刑事訴訟法。對於刑訴程序加以綜合分析之說明。凡關於刑訴上之原理原則學說制度等。讀此均可明白暢曉矣。

法學新著

|           |      |    |        |
|-----------|------|----|--------|
| 法學通論      | 朱采真著 | 一册 | 一元二角五分 |
| 憲法新論      | 朱采真著 | 一册 | 定價一元五角 |
| 英國憲政論     | 屠景山著 | 一册 | 一元二角五分 |
| 行政法新論(總論) | 朱采真著 | 一册 | 定價一元五角 |
| 刑法新論      | 朱達著  | 一册 | 定價一元五角 |
| 刑事訴訟法新論   | 朱采真著 | 一册 | 一元二角五分 |



中華民國十八年九月初版

新法學  
行政法新論編(全一册)

【每部定價銀一元五角】

(外埠酌加郵設匯費)



版權所有  
不准翻印

|   |   |   |   |   |
|---|---|---|---|---|
| 印 | 發 | 出 | 校 | 著 |
| 刷 | 行 | 版 | 閱 | 作 |
| 者 | 者 | 者 | 者 | 者 |
| 世 | 世 | 世 | 朱 | 朱 |
| 界 | 界 | 界 | 鴻 | 采 |
| 書 | 書 | 書 | 達 | 真 |
| 局 | 局 | 局 |   |   |

發行所

暨上  
各

省海

世界書局

