

陳
體
強
著

商務印書館印

英
國
行
政
法
論

商務印書館印行

MG
D956.121
2

陳
體
強
著

英
國
行
政
法
論

商
務
印
書
館
印
行



3 1797 4336 8

自序

英國從前向來沒有大陸式的行政法；英國的法治主義者也常以此自豪。近幾十年來，類似行政法的許多制度逐漸發生，於是英國究竟有沒有行政法，以及應該不應該有行政法，乃成爲英國法學界爭訟紛紛的問題。這些新興的制度中，委任立法和行政司法兩項最受法治主義者的抨擊，因爲他們認爲這會使行政脫開法律的控制，因而危及個人的自由權利。反對者則認爲以通常法爲基礎的法治，在保護個人自由權利上固無以尙之，但在保護社會全體的福利上，這種法治是不夠用的。推廣公務乃是增進社會福利的唯一方法。規定公務目的及其推行的方法與程序，並保證公務之實施公平合理且不損害人民自由權利，乃是法律之最高目的。所以，研究法律的人應該努力尋求能夠合乎上舉目的之法律。在他們看來，法國式的行政法就是這樣一種法律。

本書以有關行政法的幾個問題爲中心介紹雙方的討論，而非對行政法本身作通盤廣泛的研討。從這些論辯中，我們可以發現出現代法律的趨勢，更可以體味到英國崇尚法律珍愛權利的精神。我們現正步上憲政之路，如能充分了解人家的經驗，對我們法律的發展一定會有很大的裨益。

著者序於昆明民國三十一年七月

目錄

第一章	行政法在英國法制中的地位	一
第二章	英國行政法的發生與發展	一三
第三章	委任立法	二四
第四章	行政司法	四二
第五章	國家的責任	七一
第六章	結論	九七

英國行政法論

第一章 行政法在英國法制中的地位

在法國、在德國、以及在其他大陸法系的國家，行政法早已在法制中取得了確定而無可爭辯的地位，但是在英國，行政法的性質，範圍，乃至於在英國法制中是否存在，都成了學者間爭論的題目。所以我們要充分了解英國行政法中的問題，我們必須首先分析問題發生之原因，英國一般法制的情形，以及行政法在英國法理中的根據。

我們要了解英國的法制，首須知道通常法在英國法制中的地位。通常法乃是古時英王所派法官，巡迴各地，審理案件時，採擷各地法律習慣，融為一個整一之法律系統，因其時代久遠而且通行全國，所以其所標榜的原則都成為英國人日常生活中之一部分。經過十七世紀大法官考克 (Chief Justice Coke) 的護法鬪爭同兩次革命之後，通常法更在一般心目中樹立了一個牢不可拔的基礎。

通常法中一個最基本的原則，也就是考克對國王力爭而後建立的原則，即是，「法治」或

「法律至上原則」(the rule of Law or the Supremacy of Law)。依照這原則，人民不是受「人」的統治，而是受「法律」的統治。惟有在法律統治之下，人民的自由權利乃能不受侵害；所以要保障自由權利，首要尊重法律的最高性。斯多亞特王朝 (Stuart) 想建立國王的統治，所以有兩次革命將其推翻。從此以後，通常法官就根據這個原則而成了人民自由權利的保護者。這種情形繼續維持到十九世紀後半，從來沒有人加以懷疑或指摘。在一個社會經濟狀態不變的英國社會中，通常法無疑的是社會的安定力，因為它的個人主義的哲學基礎同保守性的特質，是適合這種社會的需要的。到了十九世紀，社會經濟情形都發生急劇的變化。通常法因為缺法適應性，就感到促襟見肘了。許多人看到大陸上行政法原則應用的成功，頗有主張加以採用者，這樣主張自為一般通常法法官及學者所極力反對，特別可以注意的是代西教授所著憲法學 (Dicey, A. V.—An Introduction to the Law of the Constitution, 1885) 一書。在這書中，代西極力闡明通常法的道理，認為英國人之所以能比其他人民享受更多的自由，完全是因為實行法治主義的原故。所謂法治，依照代西氏之說，(1) 包括三個概念：

(一) 政府專斷之不存在。國境之內，人民除非依合法的手續，經普通法院判決認為違法，不受處罰。

(二) 人民應受普通的法院和法律之管轄，毫無差別。無論何人，無論何事，只有一種法律——通常法，一種法院——通常法法院，可加以處理。特殊的法律及法院皆為英國法制所不

辭。

(三) 憲法乃是通常法的產物，淵源於法院的判決，故通常法之最高性與外國所謂憲法者同，而又過之。外國人民的自由權利係以憲法為依據，一旦憲法被推翻，自由權利亦隨之喪失。英國人之自由權利是從無數年代經法院無數判決所累積而成，變成與英國人與生俱生的東西，無能加以剝奪。通常法法院也正是以保障這種自由權利為職責，所以凡足以影響人民權利的法律，只有通常法法院可以執行。反過來說，通常法法院所不執行的「法律」，嚴格的不能算作法律。依此定義，法國式的行政法院所執行的「行政法」在代西看來，自然也缺乏「法」的要件。既然不是「法」，自然不見容於英國的法律系統了。

依照代西的看法，法國行政法具有兩種特徵，使它不僅不能成為自由的保護者，而反是壓迫的工具：

第一、它有特殊的法院。在法國，關於行政案件，只有行政法院有管轄權，普通司法法院不能過問。行政法院法官是由政府所任命的，其適用的法律及訴訟程序，皆與一般法院不同。法國行政法院乃是大革命時代，為貫徹分權學說，避免法官干涉行政而設立者。其最高機關為「平政院」(Conseil d'Etat)，本係政府的一部分。法官均由行政機關任命。平政院起初有決定本身法權範圍之權，及至一八七二年「抵觸法院」(Conseil de Conflit) 成立，法權問題始由一中立機關決定。不過在抵觸法院中，司法部長有決定投票權，所以行政方面仍佔勢力。因此代西

仍認行政法院爲一種不能維持公道的特殊法院。

第二、它有特殊的法律。通常法原則是規定當事者兩造間平等的關係，而行政法則係規定兩者間不平等的關係。在行政法原則下，官吏是享受特別保護的。只要他們是善意服從命令，執行職務，假使因此而違法，他們不須負個人的法律責任。這是與普通人民的個人負責的原則不同，而是對官吏有特別的偏袒。這就是代西所謂「行政法最專橫的特徵。」

在法國行政法制度之下，公務員觸犯法律可有下列方法逃避責任：（一）他可以「國家行爲」爲辯護的理由。凡善意以增進國家利益爲目的之行爲，都可算爲「國家行爲。」執行「國家行爲」的公務員不負個人的法律責任。（二）他可以服從長官命令爲藉口，依法國刑法第一一四條，可以免除刑罰。（三）在一八七〇年以前他可以利用一八〇〇年憲法第七十五條的保障。該條規定除非得到平政院的允許，官吏不得被控訴。

相反的，在英國法治制度之下，全國只有一種法律，只有一種法院，法律之前人人平等。何謂平等？平等就是無論何人觸犯同條法律，卽科以同罰，不分階級，地位或職業。在這制度之下，公務員對於一切違法行爲都要負責，上自國務員，下至警察兵丁，一律沒有例外。依據通常法法理，「國王不能爲過」，所以政府的任何過失，都要每一個經手辦理的公務員負其責任。這種制度可以迫使公務員守法重紀，不敢濫用權威，損害人民權利，這是英國法治主義精義之所在。

有若干情形，表面上似乎是法前平等原則的例外，但代西以爲這些情形並不足以動搖他的結論。例如，教士、官吏、兵士、即在英國亦都具有特殊的身份，須受特殊法律的管轄。但代西認爲這只是對那些具有特殊身份的人一種額外負擔，只是團體內部的行爲法則，並非像行政法那樣，直接影響一般人的權利。教士、官吏、兵士並不因此種特殊法律而豁免普通的法律義務。而且這些法律根本還是在普通法律控制之下，不但國會可以制定，修改或廢止它們，即其執行還要受通常法院的監督。以軍法爲例，普通法院有權決定軍事法庭的法權，可以要求提審，可以頒禁止狀及人身保護狀，軍事法庭如有違法的行爲，普通法院可以對其負責的軍法官提起公訴。所以教士、官吏及兵士雖在普通法律之外多受一種法律管轄，但仍不失爲在法治制度之下。

對於法治制度的缺點，代西並不否認。例如，（一）法治制度會使公務員墨守成規，畏慮怕事，磨滅其創造性。（二）官吏違法其結果恆較常人爲嚴重，但在法治制度之下，官吏的制裁並不比常人更重些。（三）陪審員多半無知，常有對政府不利之偏見。（四）陪審審判手續煩慢，費用浩繁，不如行政法院之迅速省費。反之，法國行政法制度的優點代西亦不抹殺：（一）代西承認行政法今日在法國業已接近於嚴格的「法」，行政法院已有相當的獨立性。（二）行政法院可以撤銷不良的行政行爲及法令。（三）依行政法原則，公務員因國家行爲而致人民的損害由國家賠償之。依此種原則，公務員行爲可分爲個人過失（faute personnelle）及職務

過失 (faute de service)，所以公務員能夠一方面不須處處顧慮，一方面又不至濫施威權。(四) 行政法不但可以問一個行政行為是否合於法律的文字，兼可追究是否合於法律的精神。雖然如此，代西因為法國式行政法制度是以特殊法院及特殊法律規定官吏與人民間不平等關係，所以堅持行政法制度同英國法治制度是不相容的。行政法原理之採用勢必危及英國人的自由權利。法國的行政法院至少在名義上還是政府的一部，所以人民同國家發生爭執而在行政法院訴訟時，無異是當尋人一造的國家，自設法庭，自訂法律，判斷自己的行為。人民自然居於極不利的地位。代西說：(A) 總之，行政法所依據的觀念是絕對為英國法律所不承認的。第一、如上所述，管理個人同國家關係的原則是與管理人民間權利的私法規則有基本的不同。其次，這原則的適用不在普通法院法權之內。這種基本的差異，使得行政法不能和英國任何一支法律相同。」

法治主義本是同個人主義相輔而行的原則。到了十九世紀後半，個人主義漸漸式微，集體主義崛起。表現集體主義的行政法原則漸有侵入英國法制之趨勢。代西挺身舉起法治主義的大纛，力主法國式的行政法絕對不適宜於英國。這種論調自為那些通常法法官及學者所熱烈歡迎。通常法在英國本已有數百年的歷史，代西又為一代法學宗匠，所以這通通常法法官藉之以抵禦外來的行政法制度，益覺振振有辭。不過抵禦儘管抵禦，社會經濟的力畢竟不易為空闊的學說同少數法官的反抗所抵消。實際上，在英國許多問題發生，許多制度興起，在在顯示英

國法制上新潮流的出現。這在一方面證明違反潮流的努力是徒勞無功的。另一方面表示代西及一般通常法官對行政法性質缺乏了解。因此在討論英國行政法上幾個問題以前，我們須首先說明行政法究竟是什麼？代西說英國沒有行政法，何以是不確的？

根據代西的定義，行政法「不是行政機關所有權力所執行的職務之總和，而是規定私人與代表國家的行政機關間之關係的原則之總和。」（S）其所規定的事項有三：（一）公務員的地位及其義務，（二）人民同具有國家代表資格的公務員發生關係時的權利與義務，（三）執行此權利義務的程序。可知照代西的意思，行政法就是行政訴訟，同其他許多學者的意見頗不相同。例如，法國奧克（Aucoc）氏認為，行政法是「所有規定各行政機關間以及行政機關和公民間之關係的規則之總和。」耶茲（Jezé）氏說：「行政法是規定公務的一部規則。」英國真寧斯（ Jennings ）氏說：「行政法是關於行政的法律，規定行政機關的組織權力及義務。」

依照上舉各家定義，可知行政法云者，並非僅指行政訴訟而言。行政訴訟，在他們所謂行政法之中不過是一部分，而且不是最重要的一部分。就以行政訴訟而言，也不僅是個人同行政機關間的訴訟，更不只在行政法院審理為必要條件。例如英國並沒有行政法院，但如 *Rex. v. Home Secretary, Ex parte O'Brien 1928*; *Local government Board v. Arlidge 1915* 類案件，雖係在普通法院受理，仍不失為行政法案件。除了個人同行政機關間訴訟案件以外，行政機關同行政機關間的訴訟，或公務員對行政機關的控訴也都屬於行政法的範圍。總之，凡有關

行政的法規之制訂，執行，和解釋，都可算是行政法的問題。麥特蘭(F. W. Maitland)氏說(4)「倘若一翻近代王座法庭的報告，你一定可以找到半數以上的案件是同行政相關的。我的意思就是說，關於地方稅，地方機關的權力，各種行業執照的頒發，公共衛生法，教育法等案件。」由此可知，依照這種廣義的解釋，英國不能說是沒有行政法的。只要有公共行政，就當然會有行政法。

照通常意義，行政法所牽涉的專項可大致分為三類：

- (一) 關於行政的組織、權限、程序，及各機關間關係；
- (二) 關於行政人員的職權、權利，義務及內部紀律；
- (三) 關於行政機關及公務員同人民間的關係。

這些事項有的涉及憲法中的組織法，有的涉及憲法中人民自由權利；有的涉及刑法問題，例如公務員處刑之加重，減輕，或赦免，有的涉及民法問題，例如政府契約及侵權行為。其他關於商業專利，交通管制，工藝之興辦，教育之設施等等，今日無一不與行政法發生密切的關係。所以在廣義的定義下，行政法可以說是無所不包的。

前面已講過，這三類問題在英國同在任何其他國家一樣早已發生了。不過仔細分析起來，第三類，即行政訴訟，實含有一層比一層進步的三個階段，而在最後一個階段上，英國還未能達到。所以從這個意義說，英國的行政法至少還不完全的。這三個階段分述如下：

(一) 行政訴訟視為關於行政事項的訴訟。這種行政訴訟的案件，在代西時代早已經有了。代西曾舉一例，說一個警察捕賊，誤撞一個菓攤以至涉訟。這案子是公務員因為執行公務而發生的，自然是行政訴訟案件，只是英國公私法不分，對於這類案件仍適用通常法的私法原則，所以代西不但不認它做行政訴訟，反而舉以證明他「法前平等」的理論。殊不知公務員對於因執行公務所發生的事件負擔責任，引起不公平的結果，正是法國式行政法所要解決的問題。

(二) 行政訴訟視為由行政機關所設立的法庭中進行有關行政之訴訟。推多王朝的皇室法庭，高級委員會等一類法庭，都是由行政機關所設立，用以處理行政案件的。Bonham Case (6) 就是一個早期的實例。亨利第八時代曾頒布一項法令，凡在倫敦行醫的人，必須經過該城醫師公會考試及格，並給以執照。嗣後國會更授權醫師公會對於未得執照擅自開業的醫師，得加以拘禁或罰金的處罰。邦翰 Bonham 者，係劍橋大學醫學博士，應醫師考試不中，乃逕自開業。醫師公會加以審問，並判以拘禁處分。這類案件在個人主義全盛時代較為稀少，近年行政機關審理行政案件的辦法日益盛行，其重要性始為法治主義的學者及法官所察覺，認係行政機關之專擅，乃至目為「新專制」，而謀加以抑止，有如當年考克大法官之抑制王權的專制一樣。

不過，這種由行政機關審理案件的行政司法制度是有其時代的背景。它的發生是由於近代

國家公務的增加與專門化的結果。在這種情況下，普通法院沒有能力，也沒有時間，管理所有行政的糾紛。即勉強爲之，必至阻撓公務的進行。例如，在瘟疫流行時節，衛生當局的職員欲將某甲強制隔離，某甲倘若不服，而向通常法院控訴，試問那些白首於通常法的法官有何能力可以斷定某甲並無傳染瘟疫的危險性，而應恢復其自由呢？法院既成無用，某甲唯一方法只有向衛生當局請求救濟。這就是行政司法之所由發生。爲處理這類案件，各部多設法庭，加以處理。有的則係由部長委託局員審理。現在英國幾乎每部都有一個或更多的裁判機關。這些機關中除海軍部早已成立特殊法庭外，多係十九世紀末年以後所設。由部長審判的例子，如 *Housing, Town Planning etc Act 1909, S. 69, (2) (8)* 規定，區醫務員和郡醫務員發生糾紛時，由衛生部長判決之。再如依 *Housing Act 1925* 因改進衛生而需徵購土地時，其關於地段價格等問題，部長作最後的決定。根據 *National Health Insurance Act 1924 S. 89*，關於某種職業是否必須保險的問題，由衛生部長決定之。有的訴願案件由行政機關設立獨立裁判機關審判，例如，在 *Widows, Orphans, and Old Age Pensions Contributory Act 1925* 之下，所發生的糾紛由 *National Health Joint Insurance Committee* 指派公證人決定之。這種裁判機關極多，但不易知其確數，因爲不但其變動頻繁，而且有的平時只是一個名單，到了案件發生時，方有機關存在。況且，每個公務員在運用自由裁量權的時候，事實上都是在作一個判決。裁判機關之多無從計算，其案件之多更是不言而喻。僅依 *Widows, Orphans, and*

Old Age Pensions Act 1923 在一九二六年頭十一個月內所判的案子的上訴案，就有四千件。一九二五年 (Ontario) 一地工人請求補償的案件，竟達六萬件之多，其他可以想見了。

行政司法機關雖則行使若干審判權力，但大多數還是受普通法院的控制。關於其管轄是否越權，手續是否合法？普通司法法院仍可過問。晚近的立法時常把這種監督控制之權，加以剝奪，而以行政機關的判決為終訴。這種趨勢引起法治主義者強烈的攻擊，成為行政法上一個辯論的問題。

(三) 行政訴訟對行政機關的訴訟。英國行政法現在尙未能達到這一階段。正因其未能達到這階段，所以受到若干方面的批評。批評者以廢除特權保障人民利益為理由，主張採取大陸行政法理論，打倒主權學說，廢除國家至上和「國王不能為過」陳說，而承認國家的責任。這種理論，在法國可說已大部見諸實現。除了立法，外交，法官及法院的行為及對於議會與政府有憲法關係之行為以外，所有國家的行為都可以在法院中控訴。國家且須負賠償損害之責任。美國行政行為，甚至立法行為，都可以提到法院審議，不過還不能令政府負賠償損害之責。一八五五年「償付法院」(Court of Claims)成立，有權受理關於政府根據法律及契約而被告的案件，政府賠償損害的問題乃得到部分的解決。

英國法院雖可以推翻行政行為，但迄未承認國家的責任。目前英國國家只有關於契約行為可以給私人以損害賠償，然其方式及精神都還不是在理論上承認國家責任的原則。契約之必須

履行，是根據實際的需要，否則公務根本不能執行。但是英國政府在履行契約時，總是盡量避免使用一般人民間所使用的程序，而是用一種「權利請願書」的辦法。人民要求政府履行契約的義務，須呈上「權利請願書」，經內政部長核准，發給許可證 (Writ)，然後人民乃得依法在法院請求其契約權利。這是關於國家契約行爲的辦法。至於國家因侵權行爲而使人民受損害時，人民除控告當事的公務員外，別無救濟辦法。一九二七年二月英國會中曾提出一法案，稱爲「王座訴訟法案」(Crown Proceedings Bill)，規定國王爲訴訟之一方時，其程序務求與臣民間的訴訟程序盡量一致；除了少數例外，國王起訴及被訴的地位應與臣民相同；國王並得以侵權行爲被告。此項法案可以說是走向國家負責制度的第一步。

註

1. Dicey, A. V. -An Introduction to the Law of the Constitution, 1885, 8th Ed. P. 153.
2. Ibid, P. 383
3. Ibid, P. 382
4. Maitland, F. W. -Constitutional History, 1911, P 605-6
5. Dickinson, J. -Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States, 1929, p. 90

第二章 英國行政法的發生與發展

一、英國行政法發展之原因

行政法在法國雖然已有百年以上的歷史，但在其他各國還是近世的產物。普魯士於一八四七年始設 *Verwaltungs Gerichtshof* 爲現代德意志行政法院的前身。巴登 *Baden* 行政法院的設立乃在一八六三年。即法國「平政院」之成爲真正的法院，司法部與行政部分確實分離，並且能以正式判決形式處理案件，也是晚至一八四九年方才完成。在英國，近代行政法的發展約略可以一八六七年爲起點。

我們會說過，只要有行政，就有行政法。英國在一八六七年以前不是沒有行政法，不過其範圍過小，且依英國固有的辦法，公私法不分，以爲一切案件統由普通法院處理，已很可以措置裕如，所以行政法不能成爲一支獨立的法律，尤其不能引起研究者的注意及興趣。

行政法不景氣的原因完全是由於個人主義的影響。個人主義者崇尚理智，認爲個人是自己利害最好的判斷者，並且全體的利益係由於每個分子的利益所構成。格林 *E. H. Green* (1) 以爲人是具有道德的價值，一個自由的社會，必須讓人民有充分的機會，可以發展他自由的人格與道德的價值。一人獨善其身，即是兼善天下。所以自由競爭，個性的發展，是國家最高原

則，國家干涉愈少愈妙。斯賓塞 Herbert Spencer 說，政府的功用就是在保護財產同人體，並且執行法律。國權的增加是對個人權利的壓迫。所以在十九世紀前半，在個人主義支配之下，英國政府除了外交，軍事，與治安以外，別無所事，尤其因為地方自治的發達，許多地方事務中央不須過問，因此政府的行政簡直是談不上的。

個人主義極度發達，必然轉入資本主義的階段。資本家互相兼併，發生獨占，而另一方面，小康之家都淪為勞工階級。貧富懸殊日甚一日。一八四八年的憲章運動即是勞動階級不滿現狀的表示。同時，工人屢集的工業城區，因為人口過密，需要種種設備，方能使工人維持其工作效率。所以資本家一方面為保持工人的效率，一方面為平抑勞工的怨恨，只得有一部分利潤，用公共服務的方式，分讓給大眾。此十九世紀中許多社會立法之所由來，也就是行政法成為必要的主要原因。

二、集體主義與公務的增加

這種以國家力量直接積極地干涉人民的經濟與精神生活，以謀取大多數的福利的潮流，代西稱為「集體主義」。 (2) 除了上述資本家分潤的原因之外，代西認為造成這種潮流的原因有幾種：

(一) 脫里 Tory 黨慈善家的影響。十九世紀本為人道主義非常發達的時代，更因名流如色塞助爵 Lord Southey，奧斯特勒 Richard Oastler，沙德勒 Sadler，馬考萊 Macaulay

諸氏的提倡，在社會上人道主義頗佔勢力。他們都是極端保守的，反對自由貿易，故提倡提高工人幸福，作為打擊政敵的一種手段。

(二)工人階級態度的轉變。自從憲章運動失敗以後，他們不再作政治上的要求，而要求經濟社會上的改善，因為這方面的讓步較為容易得到。

(三)經濟社會思想的改變。社會上人士漸漸感到工人地位應該改良。

(四)現代商業的特質。大規模的企業必須以國家力量為其後盾。有的因為規模太大，影響太大，必須得到國家特許，例如 *Railway Co. Act 1823*, *Joint Stock Co. Acts 1856—63* 等法律所規定的企業。這些企業既因國家而產生，則國家干涉的機會大為增加。還有些大企業直截了當收歸國營。這是國家職務增加的一大淵源。

(五)一八六七年選舉法的修改，給予城市工人以選權。工人取得選權之後可以利用國家力量，強制資本家放棄一部分利益，俾用以改善工人的生活。於是國家平添了許多限制資本家，扶助勞工的職務。工人之真正有力量作具體要求，實以一八六七年為起點。所以我們認為國家職務大規模而顯著地增長也應以此時為出發點。

集體主義的發生必然促成國家職務的增加。個人主義的理論，認為個人唯有在完全不被干涉的情形之下，才能達到最完善的發展，所以要求一個無為而治的國家。集體主義認為個人福利只有在全體福利中得之。全體福利的取得，靠集體的力量，靠公共的機關，其中以國家為最

大且最有效。所以在集體主義之下，人們不但需要國家干涉，而且覺得國家對每一個人負有增進福利的責任。這種責任的完成，就需要國家公務的增加。人民對國家責任的要求愈大，則國家的公務愈多；國家公務愈多，則公務的法律，即行政法，的範圍也愈廣。

三、公務的新範圍

公務的增加大致依循三個途徑：

(一)對弱者的保護。英人亞諾 *Arnold* 說：社會不祇是一個競賽，社會的目的是限制強者保護弱者，以達社會之善。國家既對人民有積極的責任，則不能坐視人民中間大併小，強侵弱的狀態繼續存在，而必須運用力量，防止侵凌的發生。在集體主義之下，個人不復是自已利害最善的判斷者，國家須代他決定孰利孰害。有害的行爲即使當事者自願，國家也要加以禁止。例如，未成年者，殘廢人，精神病人，國家爲保護其利益，不許其締結契約；佃戶不得以契約放棄其在土地上改良應得之補償 (*Agricultural Holdings Acts 1875—95, Workmen's Compensation Act 1897*)。國家限制工人的契約自由權，規定工作不得超過若干小時，報酬不得少於若干錢，即所以防止工人因生活所迫，甘受不利的案件。 *Arbitration Act 1846, Conciliation Act 1896* 等即係政府干涉勞資糾紛，防止資本家施行經濟壓迫的法律。 *Combination Act 1875* 允許勞工組織勞工組合，因此工人不再享受完的契約自由。這一方面的公務多半是政府對於人民自由權的積極干涉。

(二) 利益均霑。主要的爲財產的限制。財產不復是絕對神聖不可侵犯的權利。財產的所有權應以有利於全社會爲條件，如用不得當，例如田園任其荒蕪，則國家應處以懲罰性的稅，充作社會福利之用。財產過剩也足以損害社會的利益，故國家處以遺產稅或所得稅，使財產的所有權成爲社會共有的權利。他如義務教育，公共衛生，交通設備等等都是取自富者而公諸大眾的公共事業。一八〇〇年的法律規定工人因職務關係對第三人的傷害，應由雇主負責。根據 *Employers' Liability Act, 1880* 雇主不但須負工人對第三人的傷害責任，即對同事工人之傷害亦由雇主負責。這都是加重富者的負擔，減輕貧者的責任的辦法。此外還有公共圖書館，運動場，教育館，博物院，公園等等都是根據利益均霑的原則而設之公務。

(三) 國家的商業活動。大城市的興起，有許多事業如水、電、煤氣、交通等等成爲居民生活上不可缺少的需要。國家爲保證此類公務源源不斷地供給，往往把它們收歸國營，或特許私人舉辦，而加以嚴密的監督。有些事業因與國防有密切關係或是因爲國外競爭劇烈，也由國家統籌辦理。由這一途徑，國家公務又開一無限大的領域。

由上面發展的趨向看，國家公務是由間接變爲直接，由消極變爲積極，由政治的法律的變爲經濟的技術的。從前原有的外交，軍備，治安的公務今日更大事擴充；從前原由私人經營的舉業，也由政府出而舉辦。政府的公務幾乎無所不包，人民生活對公務的倚賴不斷地增加。現代公民生活在公務之中，有如魚生活在水裏一樣，不可須臾離的。我們生活中幾乎沒有一件事不

與公務發生關係。小孩出生有公立醫院；稍長可以進公立小學，中學，而大學；旅行時有公家的鐵路；每日的點燈，飲水，燒火，無不是公家所供給的；晚上睡可安枕因為有警察的保護；到外國不被欺凌，因為有外交官與武力作後盾；老了有養老院；病了有公醫院；死了有公墓。一個人由出生到老死享受政府的公務而不自覺。由此我們一方面可以看到社會需要與觀念的變遷；另一方面可以看到現代政府公務的內容與領域是怎樣的五光十色廣闊無涯。拉斯基教授 Prof. Laske 說。(6)「借用一句美國人的話，現在的國家簡直是一個極大的公務的組合。」

四、公法的新意義

除了公務的增加足以說明近代行政法的發展而外，還有一個事實把行政法的領域再度地拓展：這事實就是公法觀念的變遷。

在主權觀念與公法一元主義之下，國家有一個，也只有一个主權。主權者的意思乃是法律。但是主權者的意志受個人自然權利所限制，所以主權者的活動範圍也僅限於警察職務而已。法律與自由既是互為界限，人民對於法令之增加自然毫不歡迎。沙維尼 Savigny 說：(4)「法律是一個看不見的界限，在這裏面個人的存在與活動可以得到安全與公平。」十九世紀的歐洲人對於任何限制都是深惡痛絕，所以法律和國家一樣的，是「必要之惡。」

近代公法學的演進，本著踏實的精神，摒棄荒謬無稽的主權論，而代之以公務的觀念。法律的最後淵源不是立法的主權者而是公務。一個規則之是否法律須視當時當地受該規則拘束的

人是否加以承認，而其承認與否則視其是否為組織公務與實施公務所必要的。如果是必要的，這規則即是法律，不問其出自那種權威，都為一切有關係的人——包括統治者與被統治者——所服從。依此觀念，不但立法者所制訂的普遍性的規則是法律，由其他機關所制訂者，也可以是法律。

法國法學家杜曠 Leon Duguit 在他「公法的變遷」(Les Transformations du Droit Public)一書舉出六種事實上具有法律的力量但一向不被視作法律的規則。在公務觀念之下，這當然是法律了。這六種規則是：(5)

(一) 地方方法 法國第三共和國憲法，地方政府不得代地方人民立法，但今日各縣市均有自己的立法。對於某某特定事項縣長往往可以命令方式制訂法律。這種法律有普遍性及制裁力量，在本縣範圍內與法律毫無二致。除非縣長的命令違反國法，即省長亦不得加以變更。一九〇二年六月七日平政院的判決即是承認省長命令不得與縣長命令相抵觸。該院並根據縣命令而令縣負法律的責任，就如使國家負法律的責任一樣，可見縣命令是真正法律。

(二) 獨立公務的法律 近代國家往往把有專門技術性質的公務指派專人負責，成為獨立部分，有相當的自主權，得制定關於其本身組織及實施之法律。此種法律有普遍性及強制力，凡與相違之行爲可提越權之訴。

(三) 地位法律與紀律法律 公務員因其屬於某種特定公務，遂有特別的法律地位。此種

地位的規則多由各該機關制定，只可施之於各該機關所屬之人員。紀律法律雖有制裁力量，但與國法不同，因僅適用於一部分人民。另一異點即其制裁非出自國家的統治權力，而是屬於州、縣、教會、會社、家庭，公共事業、職團等。公務獨立之趨勢愈顯著，則紀律法律愈發達。

(四) 會社的法律 會社的規則不是契約，而是法律。所謂契約須有兩個不同目的的意思表示，與同意後互為確定之事實。若幾個人的意思表示在事先並未有何同意，雖有同一目的，但雙方意思並非互為確定，故非契約，僅是集合行為。會社之成立非由契約關係，而為附和者同一目的之結合。契約造成主觀法律地位，只可拘束當事人，且為暫時的；會社章程規定永久管理方式及會社的目的和能力。與會社目的及能力不合之行為無效，會社本身及第三者俱可請求撤銷。可知會社章程效力不僅拘束當事人，且及於第三者。所以會社的章程實質上實是法律。

(五) 協約法律：勞動集合契約 此種法律指兩個或兩個以上團體間成立的協約。由此協約發生的法律不僅適用於協約當 兩團體內部分子，並且及於以後加入之分子與第三人。例如某一行業的勞資兩團體約定其所屬工人及廠主訂立契約時，應以何條件為標準。這種協約即成該行業的眞正法律。

(六) 協約的法律：公務之特許經營 由公共機關與私人約定，在特許證規定之下負責進

行某項公務。特許證有二部分：一是規定政府與被特許者之權義，此為契約性質；一是規定如何實施公務，公眾如何利用公務，以及關於該事業中人員地位紀律等問題，雖與協約無關之第三者，每可據以享受公務。此部分是法律而非契約。

綜上所述，我們曉得，法律之為法律，要看它是否有法律的內容，至於是否合於形式條件，關係尚小。代西說法律必須是在法院中執行的。此語已不合現代實情。許多法律不是由法院執行，而是由行政機關或特設之於法庭執行，如 *Roads Act 1920, S. 9; London Traffic Act 1924, S. 4(2)* 等是。

依照杜驥之說，我們還可以指出兩種具有實質法律要件的規則，也應當以法律視之的：即命令與習慣例 (Convention)。

在英國命令有兩種：一是根據國王的特權，一是根據立法的授權。兩者有一點是一致的，即就普遍性與制裁力而言命令與法律無殊。

真寧斯 *W. G. Jennings* 在他「法律與憲法」(The Law and the Constitution) 一書中對於代西法律的狹隘的定義，攻擊甚烈。(c) 第一，他認是否為法院所執行不足為法律與非法律的區別。第二，何謂「法院」，本身尚無確論。上議院有時是法院，有時是立法機關。且當上院執行司法職務時，沒有法律禁止普通的上院議員參加，但慣例上只有「法律勛爵」(Law Lords) 司其事，餘人不得過問。倘若這種慣例不是法律，則法律勛爵執行職務，究何所根據？若其所執

行的是法律，而其所據以執行此法律者反非法律，於理殊講不通。第三，所有英國政府機關不是根據慣例而成立的，便是由這種根據慣例，而成立的機關所產生的。就以立法與司法機關本身而言，又何嘗不是慣例的產物？通常法當初亦係根據慣例，其經過承認的過程與慣例無異。第四，近代立法常常提及慣例所設立的機關（7）或者竟然規定某事依某種慣例辦理，（8）法院判例也往往如此。（9）由此可知慣例實與法律無大差別。

在行政法是「公務的法律」定義之下，一方面公務的增加，方面法律範圍的擴張，使得行政法絕不僅是行政訴訟而已。在一切現代國家中行政法都在不斷地發展，英國並非例外。自一八七一年到一九三五年英國公務支出由二〇、〇〇〇、〇〇〇鎊增到四二六、八〇〇、〇〇〇鎊，公務員自一八八一年至一九二八年間，由八一、〇〇〇人增至一、〇二四、〇〇〇人。由這些數字，我們不難看出英國行政法的現狀。代西在一八八四年說英國無行政法猶有可原，現在還作此說則未免抹殺事實了。

註

1. Rosen, S. M.—modern Individualism (1937) ch. IV,
2. Dicey, A. V.—Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century (1905) 2nd Edition Reprinted 1930 Lecture VII.
3. Iasaki, H. J.—The Foundations of Sovereignty and other Essays (1921) 2nd Impression 1931 P.

- 4, Holland, T. E.—The Elements of Jurisprudence (1830 13th Edition 1924) p. 21,
 - 5, Duguit L.—Les Transformations du droit Public ch. IV.
 - 6, Jennings, J.—The Law and the Constitution 2nd Edition ch. III S. 2.
 7. Ministers of the Crown Act 1937 譯作「法律」及「憲法」。如見「德威安 Chegners Estate Act 1917, Ministers of the Crown Act 1937, Physical Training and Recreation Act 1937.
 8. Statute of Westminster 序言中提到三個慣例。
 - (一)關於職位與尊嚴的法律如須變更，必須先得到自治領的同意。
 - (二)「聯合王國的法律不適用於自治領。」
- Irish Free State Constitution Act 1922 承認處理帝國議會和加拿大關係的「法律，辦法，及慣例」適用於愛爾蘭。
- 以上可說是慣例見於法律的例子。
- 9, Ryder V. Foley 1906 一案中澳大利法院解釋 The Government 作 The Responsible Government 將「責任政府」僅是憲法慣例並非法律一名詞。Commercial Cable Co. V. Government of New Foundland 亦作此解釋。

第三章 委任立法

對於英國行政法現狀的攻擊來自兩個相反的方向：一方面是代西等主張個人主義的法治主義的一派，一方面是主張大陸行政法制度的一派。法治主義者認為國家權力，尤其行政權力，應當減少，深怕行政權的擴張而不受限制會造成專制的危險。近年的趨勢，國會常把立法司法之權委託給行政機關，因此在許多事項上，行政機關兼有立法行政司法三重身份，其決定幾乎可以說不受任何外界干涉，（國會當然可以修改原授權法，但在未修改以前，即國會也不得過問行政的決定。）這種趨勢多少是受了大陸行政法的影響而為法治主義者所極力反對者。

在主權學說已屆日暮途窮，嚴格的分權已經證明為不可能的今日，法律之為法律不復以主權的立法機關訂為必要條件。這事實於代西時代即已顯然。他在「憲法學」一書中舉出許多非主權的立法者，（1）例如：英屬印度的議會，坎拿大的議會等。此外還有許多根本不是立法機關，如鐵路公司，地方政府等，但代西却承認它們得在法律許可範圍內，制定規則，對於一般有關係的人，有拘束的效力。現代委任立法也是如此，由行政機關在法律範圍之內，代替立法機關制定與法律同效力的規則。近年來，這種委任立法一方面在數量上增加不已，幾乎無所不包，一方面在內容上對人民自由的干涉，也是一步緊似一步。自由主義者對於行政權的擴大

素懷戒心，何況行政機關因委任立法而得到的權力乃是限制個人自由的權力，更爲自由主義者所極端反對。

討論委任立法的人，對於本問題的觀點常不一致，分析起來，有三方面：

(一) 從立法機關的立場觀察。討論者注意之點乃在授權法的制立問題。他們的問題就是，立法機關在制立授權的法律時，應如何注意和預防行政機關權力的濫用？立法機關應如何避免把限制人民身體及財產自由的權力交給行政機關？國會備案的條款應否並如何明定於授權法？司法審議之權，是否必須明定不得排除？行政機關制立規程之前，有無徵詢關係者意見之必要？諸如此類的問題，實是立法技術的問題，所以從這一方面討論委任立法算不得是行政法的討論。

(二) 從行政機關因被委任而實行「立法」的立場觀察。討論者首先承認行政機關在這場合之下，是在代立法機關「立法」。因此在討論委任立法時，他們是要問，這行政的「立法者」是否依備案，徵詢，公佈等手續而完成「立法」。這種行政的「立法者」所立之法是否有被法院審議之義務，從這方面討論委任立法實是一個立法程序的問題，也算不得行政法的討論。

從上述兩個觀點而討論委任立法者都陷於一個共同的錯誤，他們把委任立法看作制立法律的問題，不過因爲這法律之制立經過行政機關，故成爲行政法問題。殊不知法律經過行政機關制立並不見得是行政法，而不經過行政機關制立也可以是行政法。一項法律之爲行政法與否，

非以其經過行政機關制立與否而定也。The Public Authorities (Protection Act 1893 雖由國會直接制立，但其為行政法，毫無問題。假如時間允許，國會儘不妨直接訂立倫敦汽車價格表，過量用藥的標準，以及利物浦自來水管的路綫等等瑣碎的事項，而這些事項並不因國會訂立而失其行政法的性質。所以由制立法律的觀點，我們不能看出委任立法與行政法有何直接關係，它只是行政法偶然的，而非必然的，淵源。只有從下面一個觀點討論委任立法問題乃能發現委任立法和行政法的直接關係。

(三) 從行政機關運用含有制法性質的行政權之立場觀察。假如我們否認國家權力可以依性質而分，則唯一可能的區分便是形式的區分。(2) 卽某種權力在那個機關手中，就是那種權力。例如，從前離婚的許可須由國會以 Divorce Act 形式通過之，所以離婚的許可權是一種立法權，後來法院判決離婚，因此同一的離婚許可權卽成爲司法權。依此之說，行政機關制立規程，只不過是根據行政權而運用的行政行爲，並非什麼「立法」行爲，其所以異於他種行政行爲，只是在其有一般的拘束力量耳。因此，從這種立場，我們關於「委任立法」所能討論的問題，乃是行政機關制訂規程時應遵守那種行政程序？如何執行這種規程？這種規程對行政機關的權力有何影響？行政機關之組織應如何變更以適應這種新職務的需要？這些問題因其涉及行政機關的組織，職權，程序等等，所以方是真正行政法問題，但是一般論者多從前兩種立場討論，我們爲著明瞭他們的論據起見，有時也不得不借用他們的名辭而稱行政機關這部分工作爲「委任立法」。

一、委任立法之發生

和一切行政繼續擴張的原因一樣，委任立法之發生是由於公務量的增加和質的專門化的結果。量的增加，使一個日理萬機的國會應接不暇，而致不能事事自行制訂法規。(3)質的專門化，使外行的國會代議士對於若干專門問題無能為力。因此，委任立法遂成爲必要且不可避免的辦法。除此之外，我們還可以舉出許多理由說明委任立法在今日即令不是絕對的必要，至少是一個最能適應現代需要的辦法，沒有它，公務不是完全不能進行，便要陷於半停頓狀態。從前地方事務向歸地方自治，現在中央不僅要干涉地方事務，並且進而要管理人民生活上的事務。假如這些事務由國會直接制訂法律以規定之，其可能途徑有二：一是制定全國一致的規則，一是依地方特殊情形制定許多因地制宜的法律。第一個方法是不適宜的；第二個方法是不可能的。而且，所謂地方情形總是常常在變動，根據某種情形而制訂的法律，到了該法律真正生效的時候，其所根據的情形或已不存在，或不久便歸消失。若因此而須修改法律，則國會不勝其煩，人民備遭其殃。委任立法即是補救此弊病之良藥，國會只須制定原則，而由行政機關就各別不同的情形規定具體的細節。

委任立法發生的另一原因是應付緊急情事的需要。大率裁量權特別大，而控制特別寬的委任立法多屬緊急時期的措置，例如：Defence of the Realm Consolidation Act 1914, Restoration of Order in Ireland Act 1920, The Gold standard (Amendment) Act 1931

The National Economy Act 1931, The Food Stuffs (Prevention of Exploitation) Act 1931 The Abnormal Importation (Customs Duties) Act 1931 等是。這類委任立法，給予行政機關干涉人民自由之權雖極廣泛然其有效期間大都有嚴格的限制。其期限的長短通常視危機之性質，大致以危機存續期間爲準。

此外，還有一原因促使委任立法之增加。這便是政治的原因。國會本是一羣有黨派有偏見的人，往往容易受一時感情的支配。政客們有時利用這種弱點，乘某種特殊情形發生，議員頭腦未及清冷下去的時候，誘使他們通過自己所希望的法律。這種法律不宜過長，過縝瑣，因爲夜長夢多，如果拖延過久，一旦造成感情衝動的環境不復存在，則他們所希望的法律將無法通過。委任立法便是最能幫助他們達到目的一種手段。他們必須抓住千載一時的機會，通過許多「骨格式」的法律原則，然後以行政命令與規程作詳細的補充。National Insurance Act 1911 便是個顯例。斯丹浦爵士 Sir Josiah Stamp K (4) 「假如一個概括的原則經過有力的反對，甚至瀕臨於失敗才得到下院多數通過，則顯然地有實際上困難的具體例子定會復燃起爭論之火，大家都要說：『我就這麼說呢！』」由此看來，委任立法雖然有時成爲實現政治動機的工具，但是有時許多良法美意常常因爲些須實際的困難便被無情地打掉。委任立法倒是補救這弊病的有效方法。

現代的社會日新月異，政府往往需要新穎的措置。這種嘗試的辦法如以法律作死板的規定，

倘有重大的不妥，則復決極費手續，有時因為人類惰性的關係，不易立辦。如有細微的不妥，則又不能牽動整個法律，以求改進。委任立法是對這種困難的一個適當的救濟。因其有特別的彈性，委任立法可以作種種必要的修正與改良，以達到一個最滿意的境地。所以委任立法在一個富有創造性的社會中，是一個極有用的工具。

委任立法已經發展到一個階段，無人能加以否認，也沒有方法可以把它推翻。甚至攻擊最烈的休亞特勳爵 Lord Howart 亦不得不說：(5)「巴力門委託其立法權的制度已顯然在某種限度之內為必要的；至少在細節上如此。僅以時間不夠一點而言，巴力門就不能充分仔細地把所有需要的或應該有的立法事項一一自行處理。的確，若非巴力門的程序大大改革一下，連今日委任立法的事務的一小部分也不能充分處理。」為緊急時期而設的委任立法之必要尤為一般所公認。部長權力調查委員會報告書中有這樣一段話：(6)「的確，欲以強有力的措置應付重大危機，舍此之外，別無他法；因此，這種措置是合憲法的。」在如此普遍的容許與贊同之下，委任立法大有「一日千里之概」。一九二〇年一年中共通過法律案八十二起，而僅以曾經正式依「規則刊布法」 Rules Publication Act 1893 登記刊布的命令及規程而言，即有二千四百七十三種之多。一九二七年國會通過公共普通法案 Public general Acts 四十二起，其中即有二十六起規定委任立法的。同年曾經登記之命令及規程則有一三四九件。(7)委任立法之數量及其重要性可由一位英國委任立法問題專家卡爾氏 Cecil T. Carr 口中知道。他說：(8)「在我們法律全書

的任何部分，我們都可以看到這種演進。巴力門法案之運用越來越要倚賴補充的立法。我們一半以上的近代法案在這限度內（按即尙待補充者）是不完全的法律規定。任何人隨意翻看一個最近的公共普遍法案的年鑑，用不到翻很多頁，便可找到一個條文，規定國王得頒樞密院命令，或是那個公共團體或官吏或行政部門得制訂規則與規程，以補充某一法案的內容，細則，或其運用。」委任立法不但目前重要，將來似乎也沒有取消的可能。卡爾在另一地方說：（9）「只要看委任立法每年出產之多，沒有人能認真地主張巴力門現在必須廢除立法權之讓與，並把已交給樞密院及各部的所有立法活動，完全收歸自己直接處理。」

二、委任立法之形態

部長權力調查委員會報告曾分委任立法爲常型與變型。前者對於行政機關的權限有明白的規定，絕無濫用的危險。後者適與此相反，又分四類：

甲、行政機關得自定立法原則及徵收賦稅，前者例如 *Poor Law Act 1927 S. 211(1)*，規定衛生部長得制訂其「認爲適當」的規程「以管理救貧事務」。後者例如 *Safeguarding of Industries Act 1921* 規定貿易部長得命令對某種外國製造品加征三分之一從值稅。又如 *Import Duties Act 1932 S. 7. 12* 規定凡對英國貨有歧視待遇的外國之貨物，貿易財政兩部得加征附加稅。

乙、行政機關依授權法有權變更本授權法及其他有關之法律，「以利本法之實施」，或

「以期與本法一致」或「以便消除本法實施之困難」。這種規定俗稱爲亨利第八條款。(10) Local Government Act 1894 S. 80, The Church of England Assembly (Powers) Act 1919, Mental Treatment Act 1930 S. 20, Local Government (Scotland) Act 1929 S. 76, Unemployment. Insurance Act 1930 S. 45, Rating & Valuation Act 1925 S. 67(1)等是。

丙、行政機關擁有廣大的裁量權，授權法僅以廣泛的語句說明其意向，而由行政機關加以充實。其裁量權無確定的限度，全以行政機關自己意思決定之。例如：Patents, Designs, & Trade Marks Act 1883 S. 101(1) Road Traffic Act 1930 S. 87等是。

丁、行政機關之決定得排除法院的審議。其措辭常爲「部長的決定應爲最終而確定的」，如 Town Planning Act 1925 S. 1(3), S.7(3)或「部長的命令不得上訴於法院」，如 Road Act 1920 S. 9, London Traffic Act 1929 S. 4(2) 或「部長的命令及規程之效力與制訂於本法無異」如 The Electricity Supply Act 1919 S. 34, Gas Regulation Act 1920 S. 16(1) (2) The Unemployment Insurance Act 1920 S. 35(4), Housing Act 1925 S. 40(5) 或「是部長的核准是一個行政命令」已經遵照本法所有規定之確定的證明，「該命令經核准之後便已合法地成立，且在本法權限之內。The Housing Town Planning etc, Act 1909 S. 2. Education. Act 1918 S. 34, Salmon and Freshwater Fish Act 1923 S. 16 (5) London Traffic Act S. 10, Small Holdings and Allotments Act 1908 S. 39 等即屬此類。

三、控制制度

常型的委任立法幾乎是無法攻擊的 Road Traffic Act 1930 S. 46 授權交通部長以命令限制或禁止某種車輛經過某條道路。這是禁止車輛通過的唯一可能的辦法，所以是無可非議的。「就是擁護英憲最力的人也不會說這種委任會對於憲法有嚴重的威脅。」(11)

對於委任立法制度的攻擊幾乎全部是針對著變型的委任而發。但是就是這類委任亦絕非他們所想像的漫無限制。事實上，國會通過這種法律常加以嚴格的時限，或是規定必須經過國會備案或同意。一八九三年的「規則刊布法」規定某種規則須在制定以前或以後刊布，並須在制訂以前徵詢有關的利害關係人或團體的意見。還有，通常法院，除了少數例外的情形，可以干涉這些規則的制立與生效。

關於司法的控制留待行政司法章中論之。先討論其餘的控制方法。

(一) 國會控制 行政規則及規程 (Statutory Rules and Regulations) 有許多於制立以前必須在國會備案若干日，或經一院或兩院作贊成的決議。其情形如下：

甲、以呈送國會備案為已足，規程即時生效，不須待國會其他行動。(12)

乙、呈送國會之後，規程即時生效，但在一定期間內未能取得國會一院或兩院贊成之決議，即失其效力。(13)

丙、呈送國會之後，規程即時生效，如在一定期間內未經國會決議或樞密院命令取消，則

繼續有效。(14)

丁、呈送國會之後，規程須待國會一院或兩院議決贊成方能生效。(15)

戊、呈送國會後，經過一定期間，如未經國會一院或兩院議決取消，則其規程於期間屆滿後生效。(16)

己、規程草案須呈送國會備案若干日。(17)

庚、規程草案呈送國會，在未經國會一院或兩院作贊成之決議前不能生效。(18)

所謂國會備案即是規程或其草案送置國會圖書館中，議員得隨時調閱。但實際上，議員對之並不如何注意，且國會備案的方法實用的次數並不多。據休亞特助爵估計。在委任立法的法律中不及百分之一有國會控制的規定，(19)可知這種控制還未十分發達。

(二)「規則刊布法」在本法頒布以前，行政規程向無一定公布方法。要找某一規程必須翻遍倫敦公報 *London Gazette*。近來規程浩如烟海，翻查極為不便。一八九〇年乃有計劃的刊印與出售。一八九三年國會通過「規則刊布法」將所有行政規程作統一的，有計劃的整理。現英國行政規程的刊印出售統係依據該法及在該法下成立的一八九四年八月九日的規程辦理。

依本法第一節的解釋，所謂「規則」指行政機關依法律規定而頒布有一般性的決定，包括「規則」rules 「規程」regulations 「附律」byelaws 三種，但「命令」Orders，不

在內。「規則刊布法」的適用範圍並非如想像之廣。於下列情形不適用之：

甲、衛生部，貿易部，收入司等機關制定的規程，郵政局或因郵政局所頒布的規程，及農漁部依 *Contagious Diseases (Animals) Act 1878* 所頒布的規程。

乙、生效前必須呈送國會備案的規程。

丙、根本不須呈送國會備案的規程。

丁、關於蘇格蘭及北愛爾蘭的規程。

戊、財政部徵得上下兩院議長的同意，對於他們所認為秘密的規程，或是每年照例頒布的規程，認為不須刊印全文者，得免除本法的適用。

己、暫時的規程，於年鑑付印時已經失效，或即將失效者。

庚、其原授權法特別規定不適用本法者，如 *Mining Industry Act 1926 S. 18*，*Workmen's Compensation Act 1925 S. 47(1)*，*Coroners (Amendment) Act 1926 S. 12*。

辛、依 *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925 S. 99(5)* 關於最高法院司法程序的規程。

壬、下級機關所制定而經各部核准之規程。

癸、若干關於地方性質的規程，(20)

「規則刊布法」關於規則的刊布有兩種規定：一種只是把有效的規程印行俾易翻閱，一種

是規則制定之前須將草案公布於倫敦公報至少四十天，並須標明草案出售地點。(21) 有關愛爾蘭者須在都柏林公報 *Dublin Gazette* 發表。(22) 在規定之四十天內，任何公共團體得以不多於三便士之代價購買此種草案，並得提出書面意見或建議。制定的機關對各種建議及意見須予以考慮，然後方得正式從事於規程的制定。(23) 這種程序之優點在能夠使規程適應實際需要，減少執行的困難，並能防止行政專制的危險。

不幸這規定都留下一個方便的後門。其第二節規定：

「倘若制訂規程機關證明由於急迫或其他特殊理由，某一規程必須立即生效，該機關得依總制訂之，作為臨時規程，即時生效。但此種規程只能於依前項程序之規程未制訂以前繼續有效。」

依此規定，該機關並無制定正式規程之義務。臨時規程可繼續有效至無限期，與正式規程毫無分別。有些關於養老金的臨時規程於一九一一年成立，一九二〇年一度修改，但仍為臨時規程。卡爾說：(24) 「規程一經成為臨時的，便沒有任何誘力，可使它改為非臨時的。」

四、對委任立法制度之批評

委任立法制度在現時之成為管理現代國家所不能或少的辦法，早為識者所共見。雖有人對之不斷攻擊，斥為破壞憲法精神，為公務員剽竊權柄之厲階，但其為制度也如故，其發展也如故，此等攻擊未能抑阻於毫末。職是之故，反對者既知在原則上此制度已成不可避免，只得改

爲對枝節問題程序問題的攻擊。這些批評大多言之成理，對於委任立法制度之改善不無可取，但其目的若在根除這個制度，則終無成功之希望。

有的批評者以爲這制度的毛病在法律草擬技術的惡劣，以致許法律授予行政之權沒有明確的限度，以致許多與人民自由權利攸關的事項都於不明不白中交付行政之手。他們主張設立統一的「草擬委員會」，由有經驗的律師主持之，或由國會法律顧問 Parliamentary Counsel 監督之。前此各部自行草擬政府法案，往往用字模糊，故弄玄虛之弊，可以免除。部長權力調查委員會報告書甚至認爲十個越權的規定裏面有九個是由於草擬技術之欠精。各部部长員不是法律專家，對於草擬法律容非所長，所以改善草擬技術之主張頗有相當理由。對於同一問題，拉斯基教授主張另一辦法。(25) 他說從法律字句模稜，而使依此制立之規程有逾越權限之危險，則補救之法莫若參照各法律之序言及草擬機關的說明備忘錄。前者可以幫助制立規程的機關了解整個法律主旨，後者可以幫助他們明瞭立法者對於某一條文之主旨。這兩種文獻足可指示立法者制立某種法律之意向，故依此而制立規程或審理案件，皆可以此爲依歸。

有人以爲制度的毛病在缺乏系統，例如：「規則」「規程」「附律」「命令」等名詞的混用；「部長認爲必要」，「部長認爲應當」，「以便實施法律」，「以便消除困難」，「不得上訴」，「與訂立於本法無異」等語句同一意義，而有紛歧的措辭；規程呈送國會備案的日數由二十日至百日不等，有的包括所有日子，有的則僅指國會開會の日數；備案的方式或爲草案或

爲規程本身；有的即時生效，有的備案則滿生效，其紛亂綜錯的情形不一而足。論者以爲應使其一律化系統化。

有人主張利用委員會的方法糾正立法粗率的弊病。「部長權力調委員會」委員魏金生女士 Miss Wilkinson 主張國會應設立委員會與各該有關部署的專家共同檢討在國會中進行之法案，如此國會可以了解專家的意思，專家亦可以明白法律的含義。有人主張審查在國會備案的規程。例如，「交通部法」Ministry of Transport Act 1919 S. 29 規定，依本法所發的樞密院令須經上院各委員會主席與下院「籌款委員會」主席共同審查，即屬此類。

其他加強對於委任立法的控制建議甚多，例如「主張規則刊布法」須擴大適用；徵詞意見的辦法應推廣範圍；規則備案須附詳細說明；臨時規程應有嚴格的時限及絕對急迫之情形之限制；亨利第八條款之採用應極端審慎等等。

這些建議之價值凡無偏見者自不應將其一筆抹殺。這些建議的確都有協助委任立法走上健全之路的功效。然而細察起來，大多數最尖刻的批評者的動機並非純爲建設性的。他們根本不承認這制度的必然性，不過覺得是一個不能避免的禍患，事實上除不掉，理論上又推不翻，而只能在枝節上限制其運用耳。他們主要目的是要把委任立法置於法院管轄之下。這種態度由部長權力調查委員會報告書中可以看出，(26)「它們（指各種批評）的真意乃是說這種辦法含有危險性，有被濫用的可能，因之，有預防的必要。……大部分的危險與其說是實在的，毋寧說是

蘊蓄的；批評家所提出的問題主要的是如何籌劃一個最好的預防方法。」

休亞特的意見不如此之含蓄。他根本認為委任立法（加上行政司法）是「行政無法狀態」；這不是天然的需要，而是人爲的結果。他問：（27）這堆積如山的法律和更大堆的規程命令和規則，每年累積不已，究竟是依誰之請，爲誰之利呢？「他自己的答案是「官吏之數愈多，則國會及行政部的立法亦愈多；國會及行政部的立法愈多，則官吏之數亦愈多；輾轉相因，而至於無窮。……現在需要的是板起臉孔，認真主張國會主權及法治原則。」如何實現此兩原則？他主張，第一，取消所有授權法律中委任立法條文，並永遠不許其重現；第二，要使大眾知道以前的過錯，一方面於國會設立委員會專門揭發官吏剽竊權柄的陰謀，同時要求各大報紙對於每個法律作同樣的檢舉工作。

休亞特的主張也許有人覺得滑稽，但我們須知他是代表一種看法，一個勢力。他所標榜的國會主權及法治原則在一般情感上有長久的根基。其中心目標的「法治」——其實是以法官治天下——和國會主權說都不過是一個幌子，掩護著某一階級的利益。惟有國會之權是至高無上的，則能解釋國會意思的法官才能凌駕一切。倘若有的事項國會自制地不過問，則國會主權對於他們便成爲無意義的了。委任立法，客觀地說，並無害於國會主權，因爲所謂主權云者有如私法上的所有權，所有者只要保留其最後處分之權，則使用收益之權即令讓與別人亦無傷於其所有權。同理，制立規程之權授與不授，收回不收回，其權衡固始終在國會，行政機關何能僭

竊？其真正受打擊的實是法官的權力。行政機關所制定之規則往往不應由法院解釋，也不能由法院解釋。委任立法被攻擊的原因在此，法官所力爭之點亦在此。

至於休亞特所說行政部在國會身後濫用權威，危及國會主權，這是神經過敏之論。行政機關所頒布的規程，其必須備案者當然逃不出國會的監察，其依「規則刊布法」而刊布的也受到外界的監視。即是普通的規程亦會公布於公報，國會以及社會人士俱得加以評議，或提出質問，有不妥之處國會不難加以糾正。所以這種批評並不足以推翻委任立法。倘若有人根本懷疑委任立法的原則，以為應有國會以外的機關審查某種專項之應否委託給行政機關，這是根本懷疑整個議會制度。在沒有比議會制度更好的辦法之前，這種疑慮是不應有的。美國最高法院的判決會謂在解釋法律時，法院必須「推定立法機關明瞭，且能正確地體察人民的需要，……它的差別辦法都是有充分的根據。」（28）這可以說是要想維護國會至上原則的基本態度。要是對於國會行為根本不信任，那就談不到國會政治，也談不到法治了。

註

1. Dicey—The Law of the Constitution ch. II B.
2. Jennings op dit, app 1,
3. 格拉斯頓 Gladstone 謂國會事務增加之原因爲：（一）帝國的擴展，（二）商務關係之增加，（三）公務觀念之擴大，參看 Port F. J.—Administrative Law (1929) P 139.
4. StampStamp, J.—Journal of Public Administration January 1927 P 36.

5. *Hewart of Bury, Lord Chief Justice, The New Despotism (1929)* P. 31
6. Report by the Committee on the Ministers' Powers, Presented by Lord Chancellor, Toynskey to the House of Commons April 1932 P. 52. 該委員會係於一九二九年工黨內閣時期所設立，負責調查委任及行政司法之狀況，及法律之趨勢。其報告書為論此兩問題最翔實可靠的材料。
7. *Hewart, op cit P. 95.*
Port—op cit P. 127.
 “Rules and Orders” 於一九一五年共有 1,500 頁，外加附錄 200 頁。
8. *Hewart, op cit P. 97*
9. Report of the Committee P. 20
10. 應自拿破崙之律法之一千三百六十年法律，規定在國王神諭時期所通過之法律，於其達二十四歲時，除非經其追認，不得有效。
11. Report of the Committee P. 23.
12. Foreign Marriage Act (1892) S. 21(2)
13. Mental Treatment Act (1930) S. 15(2)
14. Housing Etc. Act (1909) S. 7(3)
15. Nurses Registration Act 1919. S. 8(4)
16. *Hewart, op. cit. p. 86.*
17. Minister of Health Act (1919) S. 8(1).

15. Census Act (1920) S. 1(2) and Schedules
19. Hewart—op Cit P. 91
20. Port—op Cit P. 137.
- 21 Rules Publication Act (1893) S. 1(1)
22. Ibid S. 1(3)
23. Ibid S. 1(2)
24. Report of the Committee P. 35.
25. Report of the Committee Annex V
26. Report of the Committee P 54.
27. Hewart,—op Cit J 150,
28. Middleton V, Texas Power Co 219 U. S., 153

第四章 行政司法

一、行政司法之發生

行政訴訟之意義有三，已如上述，行政司法即係其一，乃是關於行政問題在行政機關所提起之訴訟。英國的行政司法先例可溯源於推多王朝 (Tudors)。「皇室法庭」及「高級委員會」堪稱行政司法之濫觴，不過所不同者，這種特殊法庭所受理之案件不限於行政案件，有時且侵入通常所認為純粹司法的範圍。早期的案件如 *Chauncey Case* 及 *Bonham Case* 實為近代行政司法的遠祖，前者乃是行政機關審理案件的先例，後者開特殊法庭受理關於行政問題的案件之先河。行政機關而處理司法案件，為通常法法官所痛惡，認為專制暴政之表現。迨十七世紀中兩度革命之後，王權勢力一蹶不振，行政司法之制度亦隨之以俱盡。到了近年行政司法復以新姿態出現於英國。通常法法官訝為專制之復起，而贊成大陸制度之學者則認為時代環境之產物，為維護正義之有效制度。

何以行政司法經百餘年之隱晦，又會重發現？其理由和委任立法之發生相同，即時代的需要是也。這種需要由三方面表現出來——公務的增加，公務的專門化，公法觀念的變遷。公務增加所以行政機關與人民接觸的機會愈多。近代公務既以積極干涉人民生活為特色，這種干涉勢

必引起限制人民自由或損害人民財產之糾紛。在我們社會中此類糾紛隨時隨地都在發生，其數目之多往往意想不到。僅舉一專爲例，一九二六年一月至十一月之間衛生部長依是年通過的 *Widows', Orphans' and Old Age Pension Act* 所判決的案件竟達四千件之多。單就案件數量一點而言，即非手續繁重的通常法院所能勝任愉快的。

就公務專門化而言，通常法院也非放棄這部分案件的管轄權不可。例如，衛生部人員因某甲耕牛有傳染病，若聽其病下去必至染及全村的牛，因命令殺死此牛。倘若某甲不服，訴諸通常法院，則法院有何方法可以證明該官吏係逾越法律所賦的權限，而誤殺無病的牛呢？那種病才是傳染病？其徵兆如何？在這裏，技術的問題是法律判斷的前提，非專於獸醫者實無法下判斷。再如，修築鐵路不由甲田通過，而由乙田通過，這不包含法律上通過那一塊田爲合法的問題。審判者所要知道的是根據建築工程學上原理，經過那一點火車方不至出軌，因此他的判決不是依甲乙兩者誰的法律理由充足，而是依工程學的原理以作決定。對於此類案件普通法官是無能無力的，而能夠依專門知識作判決，且有權力作此判決者，舍高級的行政機關莫屬。

現代公法觀念變遷的結果，法律由主權者的命令變爲公務的實施與完成的規則，由消極的公務，變爲積極的公務，因而法律的推進與執行由法官手中逐漸移讓入行政官吏手中。「行政機關所考慮者主要的是法律目的之完成，而法官所關心者通常爲法律實際的違犯或違犯之危險。」(1) 現代社會中法律消極的作用已漸失其重要性，什之八九的法律皆以積極達成某一

目的爲宗旨。積極性質的法律，既不宜由法官去執行，法律對於負有執行此項法律之義務的行政官，自不得不予以相當裁量之權。行政官推行法律，其所有的裁量權，因法律的規定與事實的需要而不同。其根據裁量權而作的決定，有時係以行政命令的形式出之，有時係以委任立法形式出之，有時係以審理案件——即行政司法——形式出之，但其根本性質還是一個行政裁量權的運用。

行政機關之有裁量權是一個極重要的假定。這是委任立法與行政司法之所根據；行政裁量權之承認是行政法發展的重要因素之一。「行政」與「執行」不同。後者乃是依指定的方法作一定的動作，不需任何考慮或斟酌。「行政」者除了「執行」以外，還須「決定」。譬如，海關的稅法規定，凡入口燃料征稅百分之五。稅吏對於一批入口的火柴他必作如下的考慮：他須先決定火柴乃是稅法中所說的「燃料」，然後決定火柴應征稅百分之五，然後他收取火柴商的稅款並給予收據。在這過程中，第一個決定具一般的拘束力，即凡是火柴都屬燃料，這實是一個立法的行爲。第二個決定乃是對於某特定商人的火柴，斷定其屬於「燃料」的範圍，故應出百分之五的入口稅，這可說是司法的行爲。最後，收款給收據，這是行政行爲。假如我們不信國家權力可依性質而分，只能就其行使的機關而定，則上講稅吏的行爲無疑只是一個行政裁量權的行使。行政行爲有時雖然含有立法司法行政三重步驟，而實際上却恆不易分別出來。美國曾發生一名案 *Commonwealth V. Stinson, 1905*，事實如下，某木廠常將鋸末倒入一個清水

魚池，該邦漁獵委員會認爲鋸末有害於池魚，因令廠主不得再倒。該委員會這一個決定實兼有立法司法行政的性質。就其認爲鋸末有害於魚一點言，爲將來有一般效力之決定，故爲立法的。就其對某廠之傾倒行爲而斷其不當一點言，其效力係對特定人特定過去事項，故爲司法的。就其禁止該廠不得再倒一點言，則爲行政的。這種細微的區別無甚大用，只有程度的不同。而且這種程度的區別有時也不甚分明，委任立法是對多數或某類人或物有效；同樣，行政司法的判決及行政命令有時也可以對於多數或某類人或物有效。所以，總之，無論行政機關的行爲有立法司法抑有行政的性質，都只是該行政機關運用其裁量權而作的有拘束力的決定和宣告而已。

行政司法是行政裁量權之運用，這是很重要的觀念。我們可以再進一步說，司法行爲本身也是裁量權的運用。法官對於一個條文的選擇，條文的解釋，多少都有若干的自由裁量，這和行政司法一樣的。部長權力調查報告書把行政機關的司法職務分爲司法的和準司法的，前者沒有裁量權，後者有之，這是否認任何決定中都有裁量權的事實。這兩類職務的區別與其說是裁量權之有無，毋寧說是主觀成分之多寡。法院在理論上應是絕對客觀的，而行政司法因其職務的推進有利害關係有時不免於主觀。真寧斯氏認爲法院的職務關於民刑案件根本就是裁量權的運用，可知就裁量權一點而言，普通法院和行政司法是沒有區別的。反對者認行政司法爲專制之厲階，實爲謬誤。

我們承認行政決定有裁量權，實益是在使審判機關不但對於該決定可以審議其是否合法，而且可以進而追究該行政機關在其裁量權內其決定是否合理。普通法院格於傳統成規，不承認裁量權，所以對於行政決定只能問其越權與否，不能究其合理與否。這也是行政司法優長之處。法國一八七二年法律爲實行火柴國營起見，授權政府得徵買所有火柴廠。政府爲避免給付賠償費起見，乃以衛生設備不良爲由，將某火柴廠封閉。政府原有封閉不衛生工廠之權，故在嚴格法律上，其行爲並未越權，因之在普通法院不爲違法。但是平政院却追究其動機，認爲本案中政府運用其裁量權時，其所考慮者非衛生問題，而是財政問題，故爲違法。(2) 在英國以行政機關審理案件的情形亦復如是。它不但可以防止裁量權的濫用，並且對於濫用裁量權的行爲可以加以撤銷；不僅使其對告訴人無效，且對所有人無效。

承認行政的裁量權必然發生一個結果，即行政案件關於裁量權的問題必須由普通法院以外的機關審理，因爲審判一個行政機關運用其裁量權是否合理，妥當，或技術上合宜，不僅是適法與否的問題，而須考慮當地環境，國家政策，人民願望，技術上的需要等等問題。總之，這是另外一種標準，與通常法官所適用的標準（例如，所設「相當注意」之標準）迥不相同；一個是法律的意義，一個是行政的意義。依 *Edinburgh Act 1921 S. 29(2)*，地方教育當局有設立初級學校並維持其效率的義務。上訴法院認爲地方當局是否履行設立學校之義務，是司法問題，教育部長應依普通司法的方法判決之。(3) 同法第十九項規定教育部長有權決定一個學校

設立是否必要。教育部長作此決定時，須考慮教育方針，家長意見，教育經費等問題，因之，是一個行政的決定。其實，前一情形又何嘗是純粹法律問題？什麼是學校的「效率」？這何標準乃是有效率的學校？這必須根據全國教育程度，一般學校狀況經費的裕縮，以及地方上需要而定。這許多問題普通法官有何能力解答？由此可知「部長司法權所包括的問題實是一個充分的行政標準之演進；這標準的根本，依其性質，是一個行政問題不是法律的問題。」（4）由此可知，要判斷一個裁量權之運用，最適宜的機關莫過於行政機關。

上述三個原因——案件的繁多，問題的專門化，裁量權的控制——使得行政司法不得不發生，下面幾個理由使它更加速度地發展：

（一）委任立法之發達 委任立法所規定的事項幾乎全部是關於公務的組織及權力。行政機關在執行自己所制訂的規程時，往往會發生種種問題，如該規程是否與授權法所定之權限相符？執行者是否依規程的授權及程序？執行者之行為是否合理？這些問題發生的時候都是以由行政機關解決為最適宜。關於越權之訴，普通應由法院決定，但有的法律明白規定以行政機關為終審的法庭。其涉及行政規程內容的案件，以行政機關為初審殆無例外。

（二）費用低廉。行政機關審判費用無多，只須少許印花，便可得案情之平反。在普通法院，一訴之費可傾中人之產。律師的費用，法庭的費用，為數不貲。有的案件層層上訴，在香港的案件須上訴到倫敦樞密院。小民欲罷不能，欲繼亦不能，莫不視與訟為畏途，寧願坐視權

利之損害。行政法院則能予以充分的保護。

(三)手續簡單，宣判迅速 行政審判有時雖然也須較為繁雜的手續，如派員調查事實，詢問人證等，但普通情形下，審判者只須閱看雙方呈訴的理由，即可宣判，不須證人，辯護，陪審等複雜的程序。依通常法，訴訟時需要許多特殊的格式，術語，及法律的擬制，非專門作狀的認師，無法草成合格的訴狀。這許多格式，術語，擬制中，若有一點不合，任他理由如何充分，也要敗訴。訴訟竟然完全變成舞弄文墨的把戲，一字之差，便決成敗，這無異以人民權利為賭博，殊違公道正義之理。在行政審判中，這些繁文縟節一概免除，對於貧苦階級特別有利。有許多法律涉及經濟力薄弱的人，皆規定由行政機關審理，其用意在此。例如關於失業保險的案件，失業工人生活且不能自給，那有與認能力；即能起訴，也不能等待一層一層直到上議院的上訴。有的案件為公務進行順利起見，必須迅速解決。例如鐵路建築中，若因一段土地糾紛不能解決，勢必影響全路工程之進行。故這種案件絕不能靜待普通法院徐除審問，徐徐判決。

(四)一律性 行政審判有全國一律的優點。行政案件如聽各地法院判決，則各是其所是，不能達到政策之目的。行政機關自然知道某一法律所要實現的政策，而可循此方向作一致之判決。在創設某種新類制度的法律，執行者對於政策之認識尤為重要。例如，行政機關為著保證社會衛生及安全，對於不清潔或即將傾塌的房屋勒令拆毀。法院如不明瞭此政策，依然墨

守個人財產自由的原則，那必與立法的精神背道而馳了。

二、行政司法的現狀

目前英國行政司法由三種機關管轄：一種是各部部长自行審理，一種是部長派定屬員專司其事，一種是由特殊的獨立的法庭審理。這三種審判機關依其順序，政治色彩一個比一個淡，裁量權一個比一個小。

特殊的獨立法庭和行政機關沒有統屬的關係。雖然有的本身也負有若干行政責任，有的雖係行政機關所產生，但在執行司法職務時，不受行政機關的指揮及影響。這種法庭兼有行政機關與普通法院的優點，一方面有手續簡單，宣判迅速，費用輕微，專門知識，認識政策，判決一致等長處，同時又具備法官的客觀性及法律訓練的條件。例如鐵路運河委員會 *Railway and Canal Commission* 設委員三人，其中一人必須是普通法院的法官。又友誼社註冊主任 *The Chief Registrar of Friendly Societies* 的當選資格之一是必須有十二年的律師經驗。獨立法庭就其對行政機關的關係而區別，可分為三種：

(一) 半官式的機關，和行政部會沒有直接關係的。例如，律師紀律委員會 *The Discipline Committee* 依 *Solicitors Act 1919* 該委員會於審問之後得將律師除名。同樣，中央助產士管理委員會 *Central Midwives Board* 依 *Medicine Act 1901* 得將產科醫生除名。 *Medical Act 1851 S. 19* 規定：「醫藥總管理院 *The General medical Council* 認為應

該時，得指揮註冊員將犯罪的或在職業上有不名譽行為的醫生除名。」在 *Ex parte La mer* 33 L. J. (Q. B.) 1863 一案中柯克彭法官 Cockburn C. J. 對該法律作如此的解釋：立法機關將審判之權交付該委員會，即係認其為對是項事務最好的判斷者，法院自不宜過問。所謂除名係指：（甲）不得自稱為會員，（乙）不得發給死亡證書，（丙）不得以訴訟索取診金，（丁）不得開有危險性之藥品如高根，馬非之類。這種除名不啻是宣告某醫生職業上的死亡，其對於個人權利之影響至鉅。該委員會組織幾乎全無政府色彩，其委員三十八名中除了幾個由樞密院選派之外，餘由醫師公會，大學醫科教職員以及醫科教授選舉之。

（二）由許多非行政的機關共同指派。例如，依 *Finance Act 1910 S. 33, 34* 關於內地稅處 *Inland Revenue Commission* 估價的糾紛，由幾位評判員承審。評判員乃係首席法官 *Lord Chief Justice*，司法營業處長 *Master of The Rolls*，測量處主席 *President of Surveyors Institution* 所共同派定的。關於土地徵買問題得在上述數人所擬定的名單中指定仲裁者以判定之。

（三）法官雖由部長選派或舉荐，但不受其指揮。例如，友誼社註冊主任 *Chief Registrar of Friendly Societies*，所得稅特派員 *Special Commissioner of Income Tax* 評判委員會 *Board of Referees (Under Income Tax Act)* 等，均由財政部長任命，但獨立行使職權。

部長指派屬員，以各人自己名義承審案件的例子如：依 Unemployment Insurance Act 1920 遇有糾紛案件時，勞工部長派員承審之。關於 War pensions Act 1921 的上訴案件，由大法官派卸金上訴法庭 Pensions Appeal Tribunal 承審之。根據 Merchant Shipping Act 1894 S. 137 關於船主船員的糾紛，同法第三三七項關於漁船的糾紛，皆由商業部的督察員判斷之。同法第四七七項大法官得派調查員調查船隻損害，依 Industria Courts Act 1919 關於勞工糾紛，勞工部長得交工業法庭 Industrial Court 審理之。

所謂部長親審的案件，事實上大多數並非部長親自審判。通常他把這種職務交給高級部員，他則去調查證據，研究法理，得到結論之後，呈交部長定奪。在普通情形之下，部長大多是依議而行。這所以異於前一種，乃在前者是用本人名義作判決，後者則係代部長作奪，不負個人責任。Public Health Act 1875 S. 268, Education Act 1921, S. 29 (2) 等法律屬於此類。部長審理案件時，為蒐集證據起見，往往派員實地調查。視察員可以召集人證，訪尋物證，聽取當事人及證人的口供。在這公開的場合之外，他並得作非正式的調查或從私人及秘密來源採取消息。調查事畢，視察員把調查結果用秘密文件報告部長，部長就此報告中材料，參合其他法律，財政，以及行政的意見，對本案作為定讞。視察員報告書是不公開的，部長的判斷也不須宣布其材料的根據及推理的方法和過程。報告書不過供給部長一部分材料，部長亦無依照其材料之義務。這種判決方式是行政司法中最被人攻擊的一部分。

三、法院的控制

英國自始不是一個有分權制度的國家。最早在中央的「王庭」Curia Regis 在地方的郡法庭 Shire Court 憲法院 Hundred Court 都是兼有立法司法行政三種職務。後來的「治安法官」Justices of The Peace 也不是單純行政或司法的機關，在中央的法院一直是兼掌一部分行政職權。行政機關在某種意義之下是一個低級法院，受高級法院的控制。控制方法有三：第一，對於行政行為可在法院提起訴訟；第二，對於行政機關的判決在法院提起上訴，第三，法院有對行政官監督之權，行政機關（在法院眼光中是低級法院）的行為有不滿意時，法院得發出「王權禁令」Prohibitive Writ 以糾正之。這是自動的監督，不待人民控訴。史克頓法官 Seruton L. J. 說：(10)「那種法院不必就是這種法院，只要它於聽取證據之後，就可執行司法職務。有如聽取前證證據之後而作判斷一樣，它就可稱為法院。」故在此意義之下，普通法院之為法院只是因為大家以「法院」稱之而已，在職務性質上，與行政判斷機關無所區別。

「王權禁令」有四種：

- 甲、Writ of mandamus 是上級法院強制下級法院執行法律職務的敕令；
- 乙、Writ of Certiorari 是上級法院命令下級法院將某案提調以便覆審或推翻之敕令。
- 丙、Writ of Quo Warranto 為究問某人或某機關執行某項職務時何所根據之敕令。
- 丁、Writ of Prohibition 是上級法院禁下級法院為某行為之敕令。

英國的通常法院不但對於行政司法施行監督，即對於委任立法也有審議之權。一個案件由行政機關上訴於法院，若祇係關於普通行政糾紛，法院自然可以依照自己對法律的解釋，確定行政的決定或推翻之。若行政糾紛係由於行政規程而生，則法院不獨可以審議行政機關的行為是否與規程相合，並且可以審議規程本身是否違法或越權，行為不合規程固可撤銷，規程不合授權法亦可否認。表面上這種控制頗像法國行政法院的職務，實際上却大不相同。大陸的辦法是對於行政機關的控制，英國的辦法則純為對公務員個人的控制。英國誠然有間接強迫行政機關遵守法律之效能，但官吏代人受過，國家不負責任，終非事理之平。

近年，特別是戰後，有許多法律把法院控制行政之權——包括對於行政司法及委任立法的控制——明文剝奪。關於委任立法的例子已見前章茲不贅。關於行政司法的例子，略舉數端如次：*Medical Act 1858* 規定，醫藥總管理院 *The General Medical Council* 有權將醫師除名，不得上訴；*Import Duties Act 1932 S. 16* 關於估價問題由大法官委派評判員仲裁之，不得上訴；*Road Traffic Act 1930 Part IV S. 51* 不服交通專員 *Traffic Commissioner* 判決之案件，上訴於交通部長，交通部長得下他認為應該的命令以解決之；*Friendly Societies Act 1896 S. 65 (2)* 規定友誼社註冊主任 *Chief Registrar of Friendly Societies* 為解決會員間的糾紛得下判決，「此等判決對所有當事人有拘束力為確定句，不得上訴，不得移於任何法庭，或以命令制止。」他如：*Education Act 1902 S. 7 (3)* 教育部長為關於地方教育當局

和私立學校間的糾紛的終審機關。Road Act 1920 S. 9, London Traffic Act 1924 S. 4 (2) 規定部長所下命令俱不得上訴。Safeguarding of Industries Act 1915, Abnormal Importation (Customs Duties) Act 1931, Horticultural Production (Emergency Customs Duties) Act 1931, 皆有同樣的規定。Small Holdings and Allotments Act 1908 S. 39 (1.2. 3.) 規定強制徵購土地之命令經農漁部長核准後即為最後的，其效力與本法相同，部長的核准就是該命令對於本法所要求之案件均已履行，及該命令確在本法權限之內的確定的證明。」上舉的例子（加上前章委任立法的例子）有的禁止法院過問委任立法之合法性，有的並規定根據委任立法而發生的行政行為，法院亦不得干預。在最後一例中，部長的核准兼有立法司法行政三種性質，而在三方面他都是最後的。

法院審議權的排除是英國行政法發展中最令法官憤慨的現象。依個人主義理論，國家為兩個因素所構成：一方面是政府的權力，一方面是人民的權利。兩者互相對立，互為界限，法院則超然居兩者之間，維持其平衡。通常法官即持此理論，以人權的保護者自居，遏制政府權力的膨脹。蕭勛爵 Lord Shaw of Dufferin 在 Rex. V. Halliday 1917 一案中，說道：「運用這權力（即政府權）的時候，歷史最明白的教訓及公道的要求，必須一方面政府權力，他方面個人權利，兩者如認案之兩造，互相對立。然而，現在情形並不如此。因之，有人說：政府雖為一造，但不受管束，人民雖為一造，但必須屈服，而且不得聲辯。政府同時兼為

當事人，法官，及執行者。……今日政府機會甚佳，專制權威可以造成，整個保障的組織消滅了！」法官認為法律是人民自由的唯一保障。他們以為「在有如橫流與流沙的公生活中，法律是一塊巨石，一個人可在上面立足而得到安全。假使每個公民知道至少在法院中他可以得到公道，則私生活中許多不可避免的之專也不如是之危險。」(6)

在這種信念之下，法院無論是因爲良心的驅使，抑因利權衝突，對於排除法院審議權的爭執是絕不肯放鬆的。對於法律中明白規定不得審議的專項，法院有絕對遵守國會意旨之義務，自是無可奈何。有的法律措辭不如是之嚴緊，如云，部長所制定之規程或命令「其效力與制定於本法者相同，」則法官仍要作最後的掙扎。法官認爲對於此類規程或命令，法院可審議其是否與法律所規定之權限及程序相符；不符則否認其效力，符則法院視其與法律無異而執行之。於 *Institute of Patent Agents v. Lockwood* 1894 一案中，摩里斯勳爵 Lord Morris 的少數意見以爲「不但法院有權，而且有義務，去考慮規則之是否越權。國會並不會授權貿易部制訂一部只須在國會備案，並且假如沒有人耐煩去讀它，或提出動議時，便視爲不越權的一般性規則。……所謂一般的規則是什麼？只是制訂以使該款 (Patents, Designs Trade Marks Act 1883. s. 101) 生效的一般規則，不是所有的一般規則。……如何乃是與原法律有同等效力的一般規則？曰：只有依該款所制訂之規則，——即立法機關依第 101 項授權貿易部所制訂者。假如法院……認爲某些規則不是該款所規定者，愚見以爲應認其爲越權，法院有否認其效力之義

務。」

於 *Rex. V. Electricity Commissioners 1924* 一案中班克斯法官 (Bankes J.) 云……

「依一九一九年法律 (7) 國會規定電氣專員的權限，國會之作此規定，無非認為這是該專員應遵守的適當限度。假如法院由於上訴而用其權力制止該專員逾越其限度，國會有何理由加以反對？……倘若國會認為法院的決定對於該專員為不當的限制，它儘可把專員的權限擴大。」

Minister of Health V. The King (on the Prosecution of 18Fe) 1931 H. L. 一案中，上議院作如下之判斷：「所謂包括命令之法律，即是授權制訂命令之法律。假如命令與所據以成立的法律相牴觸，則命令須對法律讓步，……只有所作的行為在授權法權限以內，且與規定之條件相符，這種命令才有法律的效力。」

由上舉數例，可知法院對於越權問題採取限制的解釋而主張法院有管轄審查之權。但是有的案件，如 *Institute of Patent Agents V. Lockwood* 一案法院則取寬大態度，認為「與制立於本法無異」之命令應當與國會任何法律一樣看待。倘此命令和原授權的法律衝突，則依同一法律中兩條規定衝突時普通解決的辦法解決之，即視何者為主條款，何者為從條款，而依主條款之規定。依本案的判決，法院只須問行政規程或命令是否依法定的程序制立，程序若已合法，則該命令或規程視作原法律中的一條。但此種規程係居於從條款的地位，與主條款若有衝突則以主條款為準。在本案中內容與原法律相違之命令固然一樣可為法院所擯棄，但在理論上法院

已經承認，凡法律中規定行政命令「與制立於本法無異者，」只要其制立程序合法，即有法律之效力，法院不得過問其內容。法院這樣寬大的態度甚不常見。Rex v. Halliday 1917 一案中法院放棄其審議權，據拉斯基教授說，是因為在緊急時刻中，法院不願與政府爲難，所以對於人身自由的問題也竟輕易放過。總之，寬大的態度在現在還是例外的情形。

有些案子，不是因爲法院自己願作寬大的解釋，而是因爲法律無可曲解的規定排除了法院的審議權。在 *Ex parte Ringer* 一案中依 *Small Holdings and Allotments Act 1908* §. 39(3) 的規定，郡議會徵購土地之命令經農漁部長核准即與制立於本法無異，部長之核准爲該命令一切合法之最後而確定的證明。依此，部長的核准行爲是與國會用立法程序批准一樣。核准行爲純爲部長裁量之權，其用得適當與否，沒有客觀標準可憑，命令一經核准，其合法與否即成爲不可爭論的問題。即有不法之處，一經核准即成合法。法官達林 *Darling J.* 說：「該條款給予行政部的命令一個絕對的最後性，同法律的效力。……這樣行政部是處於一個絕對的最高地位，……農漁部長在作此行爲時，其不可彈劾的情形與巴力門本身無異。」

行政機關之權是否應該不受任何限制？英國國會這種排除法院審議的辦法是否可取？我們曉得，政治學上最淺近的原則，是任何權力不受限制必有被濫用之危險。近代國家把國家的權力分付給若干機關，就是預防濫用的措置。雖然我們不主張三權分立之說，但是至少每一個權力機關所享有的權力不應無限制，則不待論。權力的限制最重要者爲法律的限制。法律要能成

爲一種限制，則必須有人來宣告某機關之行爲是否在此限制以內。一個機關自我判斷，其不妥自無待煩言。由第三者來作判斷，自可較爲公平，不過在英國這種判斷的職務交付法院是不適宜的法。

英國通常法法院何以不是控制行政的良好機關？理由是，它所根據的原則是與現代國家公務觀念不相容的，法官所受的訓練是墨守成規，不問社會潮流，他們所執行的通常法是一個守舊而又能隨意伸縮的法律。守舊云者係指其泥於傳統，死守前例，保留許多陳舊的法律擬制，所以在精神上它不重視眼前的需要及社會的變化，而以全力神化或理想化過去的光榮。其所根據的理論自邊心 *Bealson* 以來沒有重大變化：即理想的國家應無爲而治，國家若有積極行動便有破壞人民自由權利之危險。因此，法院是站在國家以上，捍衛人民的自由權利，抑制國家的專橫。易於伸縮云者，是指法律沒有成文，其許多原則，每個都可以作數種不同的解釋。判例的語句時常是活動的，以留後人作不同的解釋之餘地。法官有時摘取一句，斷章取義；有時採用多數意見，有時援用少數意見。所以在通常法中，法官的威權實不止於適用法律而已也。

講到法官本身，他們幼而受傳統的訓練，長而爲資產利益之辯護人。爲高級法官者其經驗與利益尤是與資產階級打成一片。有些法官則爲退任巨宦，其利益與眼光皆非能安於中立。他們有色彩，有偏見，和從事他業者因無區別。他們常常利用可以曲折自如的法律原則，作他們所認爲正當的判決。舉一個極端的例子吧，依通常法的原則，「在公共集會時，警察除非確信有

破壞秩序事件發生，不得入內。」一九三四年法西新黨員開會時，發生毆打左派黨人的情事，而警察熟視無睹，法院並不令其負責。次年，工黨黨員開會，謀反對「煽惑騷動法案」 *Incitement to Disaffection Bill* 當時並無任何事件發生，而警察強行干涉，法院則認為警察相信將要生事，故有權干涉。(8) 這種頑固的法官不但常常把他們所認為對的解釋為通常法的意思，就是國會明白通過的法律，如和他們理想相違，他們還是要用種種方法磨稜去角，使其失去重要作用，甚且完全喪失立法原意。

現代的行政是含有濃厚的社會主義的意味；它是集體主義的產物；它代表的是國家的干涉，享受的均等，對弱者的扶助等等集體主義下的觀念，與法官所服膺的理論適是針鋒相對。所以在法官控制之下，有社會主義意味的行政很難實施，至少要受到許多的阻撓。拉斯基對於英國的法官有極尖刻的批評。(9) 他認為「現時法官對於社會改良之無知與敵視，不難迫令英國建立一個行政法院的制度，俾可防止社會改良的措施為法官所摧毀。……通常法的陳舊哲學，大部分因其內含的個人主義思想，已不適合於集體主義時代所必需的觀念。」然而，法官還往往拿這種落伍的個人主義原則硬生生地安在現代立法身上，例如，有些立法用意根本是要把普通法院的管轄權奪來以給特別的法庭，而法院則仍然堅持人民有進入法院之權利的舊說，把立法用意完全抹殺。英法官班克斯 *Banks L. J.* 在 *Rex. V. Electricity Commissioner* 案中說：「向來足為通常法誇耀之處，就是在可能及必要的時候，它可以應用既有原則於新的

情形。」我們無寧說，它可以把新的情形削足適履以適應陳腐的理論，也許更恰當一點。美國何姆斯 Holmes (10) 說：「法院有一種趨勢，把法律和自己意思混為一體，認為法律也能夠」

「接受五十年前流行的經濟理論，並且對於一個法官所認為不對的事情也願一律禁止。」

總之，目前英國法律的不進步，法官要負大部責任。如果法官的訓練不改良，抱殘守缺的態度不糾正，對於法律解釋不採功能的標準，對於社會事實不用客觀的眼光，恐怕司法的進步永遠趕不上立法與行政，且有愈去愈遠的危險。現在的法官不但行政機關敬而遠之，就是立法機關要想法律能充分實施，公道能充分維持，也不能不在現有的普通法律系統之外別想主意。近來立法中對於法官審議權之明白禁止，當然不是偶然的。照目前趨向看，如果法院的素質不變，也許公法要被迫而和法院脫離。

公法和通常法院脫離之後有三種可能：一是行政不受任何司法控制，有如今日許多禁止法院干涉的法律所規定的情形；一是發展行政審判制度；一是另設一種行政法院，仿法國制，法官以能了解社會需要及立法用意的人物充之。我們曾說權力不應毫無拘束；斷定一個機關行為之合法與否應由獨立之第三者為之。依此前提則第一種情形是不妥當的至為顯然，第二種辦法之利弊留俟後論。第三種辦法中之行政法院應如大陸制度一樣，對於行政行為的法律問題應有完全的審議權。行政行為之應受控制制度，在原則上無可反對。通常法院之控制行政行為原則上亦無可反對。許多人之所以反對通常法院控制行政，是因為這種法院被偏見的勢力所

盤據，對於行政權力持仇視態度，有施行破壞之傾向。所以，對於一個與行政權力和諧而不加敵視的法院，有如大陸之行政法院，那英國的許多防止法院干涉的措置就大可不必了。不但此也，法院對於行政的控制更應當正常化，規律化，澈底化。現在英國許多法律禁止法院干涉，並非因為其本身有何不應干涉之處，而是因為使行政得以迅速手段便宜措置，故此種行政行為，在不妨礙公務迅速進行的範圍內，自應接受法院的審議。設立行政法院制反的優點，一方面可以避免法院破壞行政，而造成「公務國家」；一方面可以防止行政權力的濫用，而可以造成「法律國家」。理想的「行政法院」應當有行政司法的簡捷，廉費；而有普通法院的公開，週密，和中立。

建立行政法院系統之議，拉斯基教授曾論及之。(11)他主張解決越權問題辦法有三：甲、直接向上議院控訴。這只是程序的改良，對於我們根本的困難無法解答，故不足取。乙、設立一個最高行政法院。他恐怕這和英國人情感相違背，成功希望甚微。丙、於上訴法院中指定一法官專司行政訴訟中之越權問題。這種辦法不是演變成一個獨立行政法院就是成爲普通法院之一部，對於法官不懂行政的困難依然沒有解決。

在前面所述三種可能的演變中，只要禁止法院干涉的法律日多，即發生第一種情形，就是行政不受任何司法控制的狀態。目前獨立行政審判機關頗得一般之信任，很有發展之可能，行政審判之優點就是它一方面是獨立的，一方面和行政部有密切關係，其審判不受行政影響，但行

政機關却因此得知問題之所在，可作日後政策的參考。同時，判決的執行是大陸系統中極爲煩惱的問題。法國 Mayor of Coticnanc (21) 一案，及美國 Collins 案 (13) 都是判決之後無法執行的例子。行政審判制度則有消除此項困難之功效。雖然，此制度亦有其缺點，如果全國這種法庭極比林立，各不相謀，職權與方法全不一致，則糾紛必然難免，因此，第三種辦法也成爲必要。一個最高統一的行政法院對於行政法的發展必有很大的貢獻；同時，各種獨立法庭並存，對於行政法中之行政的專門知識定有幫助。將來行政法的發展最圓滿的辦法也許是一方面有獨立的行政審判機關，一方面冠以最高的行政法院，兩者利足以相補，害足以相抵。

四、其他批評

對於行政司法最激烈的攻擊自然當推關於法院審議權的排斥問題，但是，這種批評也是最難有何效力的，因爲這現象是順着不可挽回的大潮流的趨向。除了這個批評以外，其他批評都是關於程序和方法的枝節問題，只能修正而不是推翻行政司法的制度。

(一) 有人說依自然法的原則，一人不能爲自己的審判者。一個當事人同時兼爲法官同執行者，必然發生不公的結果。Dimes v. Grand Junction Canal (Proprietors of) 1852 一案中，大法官對一個公司所下的命令被上議院推翻，因爲大法官在該公司有金錢上的利益。這原則在道理上是千真萬確的。審判者對於所審的案件有利益關係，難免有枉法營私的危險。然而對於公共政策的偏見或主見，雖爲廣義之利害關係，但不可與私人之利害一概而論。公法者

何？乃是公家爲一方當事人之法律也。於公法中，公家雖爲一方之當事人，然沒有任何法律系統把公法案件交給非公家非私人的第三者來審判。刑事案件是依國家的法律，由國家的檢察官爲原告，國家的法官審判之，我們能因此而說國家有維持公共秩序社會治安的利害關係而應該迴避嗎？無疑地，國家是有偏見，有利害關係的，但是全部公法却是建築在這種利害關係上，是建築在國家有完成公法目的之義務上。所以，單以國家爲當事人之一方爲理由殊不足以否定國家充任審判者之正當。國家之偏見是對於公共政策的偏見，僅這一點即足以說明它與私法上之偏見及利害關係迥然不同。羅素先生（14）說：「如果你被控告殺人，那案子一定推定你有罪。國家所有的力量立刻活動起來尋找不利於你的證據。國家雇用最能幹的律師在陪審員腦子裏面造成對你不利的偏見。」如是，我們能說法院沒有偏見嗎？進一步講，法律本身又何嘗是不偏不黨？一個窮得沒飯吃的人，到麵包店裏拿一塊麵包吃，法律說他是犯了竊盜罪。難道生存權不是平等的嗎？然而，法律是建立在財產神聖的偏見上，侵犯財產是有罪的，不問侵犯之原因。綜上所論，我們可以說偏見和利害關係在公法上是不可避免的，只要審判者沒有私人的利害關係即不得謂之偏私；設非如此，則只有承認司法居於國家以外，國家以上，秉持一種至公無私的真理，方能完全免除偏見。然而這是與任何法律系統之實際情形不合。

法律本身的偏見在目前社會制度中是「必要之惡」，即在任何社會制度亦所難免，這是實在法以外的問題，不在本節討論範圍以內。我們只能說在實在法以內，審判者不應該有違反法

律目的之偏見，不應該有私人利害之偏見。關於行政的問題普通法院對於實在法的目的常有相反的偏見，所以普通法院不是行政問題良好的審判者。反之，行政機關對於行政問題雖亦常有偏見，但其偏見乃是完成法律之目的，而非違反法律之目的。行政機關的偏見有兩種：一是對行政政策之意見，一是對於自己聲名地位或其他利益的偏見。關於前者，行政機關的職務既為執行行政政策，自然對其所執行之政策要有意見。此係良吏的本分，自不得以偏見目之。其不必攻擊也如刑專法庭尋找犯罪證據一樣，雖屬偏見，但係以實施法律為目的的偏見，如果行政機關有後一種偏見，則行政機關應迴避而讓第三者來審判。所謂第三者不是指超乎國家以上的第三者，而是指與立法用意有同一立場，並且在行機關之私利無關的第三者。這裏所說的第三者，最適當的例子莫如一個行政法院或一個獨立審判機關。

(二) 依照自然法原則，審判者應當充分聽取當事人雙方的辯論。休亞特等主張必須公開審判方能保證公正的判決。(15) 在 *Scott v. Scott* 1913 案件，上議院堅持審問必須公開。邊沁也說：「公開乃是保證之保證。」(16) 在兩年以後的 *Local Government Board v. Arlidge* 一案中，上議院的意見却有修改。在該案中，哈密頓勳爵 Lord Hamilton 說：「管國會將司法權務交給它（行政機關）的時候，倘無相反的規定，則我們必須認為國會的意思是它依照它自己的，且為工作有效所必需的，程序。」行政司法之優點即在能迅速省費，並且能於短期中處斷大量的案件，如強其照普通法院的公開訊問的程序，則無異於剝奪它特殊的優點。當事

人聲辯理由的機會是公正審判所必要的，在行政司法程序中口訊既不可能，則唯有書面聲辯。如補救現制的缺點，也許可以允許雙方互闢理由書並許二次聲辯，則判決的公正必可得充分的保證。

(三)有人主張判決書中應附理由，以便爲上訴時辯明的根據，雖然「司法機關以自己的方法勉強行政或執行的官吏，是一種僭竊，」但是這種改良於理還屬可行。行政機關雖不須公布所有證據，但是當舉人失敗的理由，却不妨讓他曉得。

(四)有人以爲審案的人應當是一個可以出出的人，對於判決有負責的能力；他應當自己看見證據，聽見辯論；他應當能夠作獨立的判斷，不受政治影響。行政司法是使一個不知名的官吏，隱藏在黑暗的地方作判決，對於判決得當與否不負責任；他須接受上官的指揮，有濃厚政治色彩；他隨時可被免職，不能作獨立的判決；而且，往往審查證據是一起人，判斷的另是一起人；判斷者是否已經得到充分材料，調查者是否將所得材料都供給他，是很可疑的。這些責難顯然是專門針對部長審判的一類案件而發，我們以下討論也以此爲範圍。

Arldge Case 所建立的原則是很可注意的。它承認行政司法並沒有遵照普通司法程序之義務，它的程序必須是「與其職務相合的。」前面的批評全部是根據通常法的原則爲標準，未免失之過隘。程序之是否合法，須視用此程序的行爲之性質。部長審判，就其性質，就不能用通常法程序，所以這種審判的程序是否合法也不能以通常法程序爲準。

哈德頓勳爵在 *Aridge* 一案中說：「和法庭中的法官不同，他（部長）不想可以，而且必須，倚靠屬員的協助。因此，一個部被派審理上訴案件的時候，並不是說部中任何特定的職員負責審理。」法律規定部長審理，部長事實上是不能不令屬員協助。因為公務的複雜及專門化的原故，每一個官吏往往只管一個行政行為的一小部分。遇有問題發生時，部長所須詢問的不只是一個兩個官吏，而是許許多多的官吏。在這種情形之下，要部長對於一個案件中每一步驟都親自經手，實屬不可能。他必須把一案的許多部分交給許多屬員去辦，而自己作最後的決定。所以，最後負責的不應當是那些經手一部分的官吏，而應當是綜攬全局的部長本人。蕭勳爵 *Lord Shaw* 在同案中說：「一個決定經過簽名蓋章且以合法的形式發出，就是部的行為，部長在國會負其責任。」同樣的，美國最高法院在 *Morgan Case* (17) 中也承認代理是可以的，部長之所以有無數的職務就是假定他有委任屬員代理之權。委託給別人的行為當然由部長負責。既有部長負責，則不必更令部員負責。

部長既然負其全責，屬員當然沒有宣布其姓名之必要。實際上，在搜尋材料，研究法理的人，為數不知若干，假使每個對某案有關的官吏都要署名，那不服的人民也許反至不知責任之所在。而且，如果國家對行政行為負責任，則人民實無知道官吏姓名之必要，行政是一個資塔形的組織，上官對下屬有指導監督之權，假如每一個官吏都自負責任，則上級監督勢必變為不可能或不必要，行政的紀律同效率都要無法維持。有些案件是對部長行為之控訴，若由審判

的官吏署名，則是屬員有判斷長官之權，亦為行政系統所不許的。

至於論者以為官吏有受政治勢力影響之危險，這並不能說是行政司法的壞處。假若政治勢力影響是指對於政治經濟社會主張異己的人施行歧視，那是任何人所不能免，即通常法官及立法者亦係如是。假若這名辭的意義是指對於某種公務的措施，官吏必須依照黨權政黨的指揮，這正是憲法所要求的。在議會政治之下，我們推定黨權的政黨是可以代表民意的。官吏要遵照在朝黨的指揮，而由該黨向人民負其責任。人民對於官吏行為滿意與否可於大選中表現出來。反之，如果法官來處理這些事情，他們和民意最隔膜，而且人民對他們不能施行攻擊，反而不能達到人民的意願。法官雖不受第二種意義下的政治影響，但無疑的，却受第一種意義下的政治影響，其堅持已見的可能性更大，其為害也更深。如果容許官吏對於長官堅持已見，則勢必使部長負責的制度不能存在，而且會有造成官僚政治之危險。

官吏地位之保障固是行政法的一個重要問題，不過這是羅致人才增進效率的問題，而非行政司法的問題。不過在一個陞降陟黜由長官任意決定的員吏制度中，官吏審判人民的利益時，必定更要小心勤謹。所以過分嚴格的保障，以至於使長官對於屬員感威脅無所施，是否一個圓滿的制度，還是很可懷疑的。

關於審判者必須親自經手每一步驟的問題，我們前面已說明其不可能。在行政分工已經相當細緻之今日，總攬其成的官吏只能聽取各部分的結論，無法過問其材料。行政司法所根據的

材料大多是這一類的。審判案件的人只能聽取而相信專家的報告。以前述的鐵路例子而言，鐵路應由那塊田經過，須要先知道兩塊地之土質，地形，火車的重量，速度等等。審判者有親自踏勘以發現這些事實的必要嗎？他自己得到這些事實之後能夠作判決嗎？實際上他只能派遣專門的人員去調查而採納其報告。在這種情形之下我們能說他沒有親眼看到證據，親耳聽到證言，就會發生不公的結果嗎？或者說調查者爲一人，審判者爲另一人，而不合自然法嗎？一個通常法官依照凡事必須親見親聞的原則，自行勘察究竟能否有所見聞！即有所見聞能否獲得結論，都是很有問題的。在分工制度之下，調查某種事實的人，其職務就是專作此項調查，總攬其成的人，其職務是專門總攬其成，職權劃分，不容混淆。關於行政司法的案件，部長雖負其對外的責任，但是每一部分的人對於其經管的部分仍向部長負責，因此報告的準確性大致上是不會錯的。

關於調查報告應否刊布的問題，部長權力調查委員會報告書第三編第十四節討論甚詳。我們認爲這問題之重要性不如一般想像之大。我們前面講過，調查報告並不拘束審判者，所以根本缺乏研究辯駁之價值。而且對於不合法的判決有法院的救濟，對於不合理的判決有訴願程序，或者更有行政法院予以救濟。有些案件不受法院審議的，當事人即使知道調查之錯誤，依然無補於事。所以調查報告之公布與否是無關宏旨的。行政判例的刊行，在一個行政法未系統化，行政法院未統一以前，是沒有用處的。各種不同的法庭既不互相遵守判例，同時各法庭也沒有

遵守自己先例之義務，同一案件如發生不同的判決，也沒有取定於一的權威，所以判例刊行也毫無實益。

註

1. Port—op cit P 92.
2. Duguit—op Cit.
3. Board of Education V. P. 200 Rice 1911
4. Laski H. J.—Parliamentary Government in England P 383.
5. Jennings—op. c. h. ch. VII S. 1.
6. Lord Chancellor Lord Sankey's Speech at Mansion House July 5. 1919. of Ho war—op cit P 151.
7. The Electricity(Supply) Act 1919 S. 5. 6. 7.
8. Thomas V. Sankins (1935) .K. B. 249. Of Laski—Parliamentary Government P 277.
9. Laski—op' Cit, ch VII.
10. Holmes O. W. —Collected Legal papers (1931) P 295.
11. Laski—op cit. P 356.
12. 依法國一八八四年城市法。市長不得將地保 *Garde Champêtre* 撤職，只能停職一月。Colignac 市長利用無限次數停職的方法，將某地保事實上撤職。一九〇九年平政院撤銷其十次停職之命令，次年又撤銷七次，終無可奈何。參看 *Sauk, E. M.* —Government and Politics of France (1926) P 321。
13. Collins 者曾任紐約公路監督。一九〇四年被撤職乃向最高法院提起控訴凡十二次，向上訴法院提起凡三次，俱

得勝訴，但終不能復職，參看前面頁三八三。

14. Russell, B.—Power, A new Social Analysis (1937) P. 296.
15. Hewart—op. Cit P. 36.
16. Jennings—op. Cit, Ch. VII §. 1, 以為公開並不足係證公正，因為影響判斷公正之勢力的侵入絕非用公開方式。
17. Harvard Law Review Jan 1932.

第五章 國家的責任

英國政制號稱責任政府。其所謂「責任」，是指政治的責任。在法律上，英國政府却是一個最不負責任的政府。近代公法的發展已使許多國家承認了國家的法律責任。在法國，幾乎所有國家的行爲，除了外交及戰爭而外，如有對於私人利益發生損害，一概由國庫負責賠償，甚至國會及法官的行爲，有許多亦受此原則的支配。英國至今對於國家責任的原則尙不肯全部接受，頗爲世人所詬病。英國公法的落後有其歷史的背景。頃刻之間欲其改變自非易易，但在許多方面英國法律似已逐漸承認此問題之存在，而作種種措置以求其解決。

一、背景

在歷史上，事實地，在現時，理論地，英國的「國家」在法律上是不存在的。國王即是國家。國家所有東西都是國王的私產。國家所有行爲都是國王的行爲。國王所待作的舉沒有法律的限制。他可以解散陸軍，或出賣海軍；他可以割讓任何一塊土地，他可以將任何官吏免職。(1) 就是法律加以限制，這法律也是無法執行的，因爲法律是他的命令；法院只能執行他的法律以解決臣屬間的糾紛，自然不能作一個拘束國王的判決。所以，在國內法上，國王的行爲是「不可控訴的，也就是說，在法律上他是「不會爲過的」。

十七十八世紀憲法演變的結果，內閣制度產生，政府實權操諸內閣，國王乃真成爲不但不能爲惡，且亦不能爲善的元首。不過在法律的擬制上，政府一切行爲還是國王的行爲，因爲法律不承認內閣閣員可以代行國王的權力。國王既是不可控訴的，則以其名義所作的行爲自然也是沒有責任的。

國王不能爲過的法律原則，在現代公法中當然發生鉅大的影響，因爲拋開法律的擬制，國王的行爲即是國家的行爲。國家者何？國家乃是一個以公務爲目的的法人。在今日國家事務衆多的情形之下，國家行爲每日不斷地，直接對人民的福利，權利，甚至於生命，發生關聯。用現實的眼光看，實際上代表國家，推動集體力量，以達到公務目的者是政府，政府的組成是人，凡屬圓顛方趾的凡人，熱能無過？人的行爲既能發生過錯，依附人而行爲的國家又焉能獨免於過錯；英國通常法原則謂：「國王（即國家）不能爲過，」是抹殺國家能爲過的事實，而使其於實際上發生過錯時，不負法律的責任。有人說：政府的過錯都由每一個行爲的公務員負責，這是通常法的原則。人民的損害可以取償於他們個人。殊不知有許多行爲不能歸罪於任何一人或一部分人。有的損害雖知其爲誰的行爲所致，而不能找出充分的因果關係；有的損害雖有人負責，但對於被損害者不能作充分的補償。諸如此類的情形必然造成不公平的結果。受其害者有兩方面：一方面是作行爲的官吏，一方面是受害的人民。這種舊理論之不合於新狀況，至爲顯然。

二、國家責任的現狀

所謂「國家」，有時不是指通常我們所知道的「國家」。通常所謂「國家」是一個主權的政治團體，對內可以強制服從，對外可以排除干涉的。英國所謂不能爲過的「國家」，僅是指中央的行政機構而言，立法，司法，地方行政等機關，以及獨立的行政機關，都不在內。我們在討論責任問題時，似乎以廣義解釋爲宜，因上述各機關之職務都是實施公務以達到國家之目的，不應略而不論。

上述幾種機關的責任問題在英國有的已經大部解決，如地方行政機關及獨立行政機關。它們都是法人組織，其享權利負義務與私人大致相同。有的問題在英國尚未發生，如立法司法機關的責任是。目前最引起熱烈討論的厥爲中央行政機關的責任問題。中央行政機關責任之發生有兩個原因；即國家契約與國家侵權行爲。關於國家契約問題，現在以「權利請願」的方式已大體解決。

「權利請願」制度由來已久，但於一八六〇年始由國會加以明文的規定。是爲「權利請願法」The Petitions of Right Act。本法制定之目的，據其序言，謂係使權利請願制度手續簡單化，認費確定化，並盡量使其程序和人民彼此間所用者相同。請願者應將權利請願書呈交內政部長以便轉呈於國王，概不徵取任何費用（第二條）。內政部長接到請願書後，立即轉給有關的機關，請其說明其事實及意見。此意見書連同請願書又交總檢察官，總檢察官則向內政部

長報告其應否准許之意見。內政部長即依此意見，請求或不請求國王頒給許可證 (Fiat) 許其起訴。請願者得到許可證，即通知財政部辯護法官於二十八天之內替國王辯護 (第三條)。該法官復以此通知被告之機關。於是依普通程序之訴訟即得開始。這種制度之發生，無疑地是主權學說的讓步，因不如此，政府日常事務就無法進行。人民得不到保障，便不肯同政府交易，則行政將陷於極大的困難。法官哥登哈姆勳爵 (Cotnam 說：(2)) 「權利請願的程序，目的僅在調和國王的威嚴與人民的權利，使後者不至受前者行為之損害，但其目的絕不是要擴大或變更這種權利。」

訴訟的結果，如請願者獲勝，則「國王的手即被移開 (amoveas manus or ouster le main)，請願者即恢復其所有權。」所以，請願者如能取得「許可證」，其權利即可得到保障。然而這制度的缺點乃在如何始能得到「許可證」。第一，「許可證」之頒給與否，純由國王自願，也就是純由內政部長裁量決定。在 *Tolin v. R.* 1863 一案中，首席法官厄爾 (Erle C. J.) 說，本法第二條所給人民對國王的請求權，並不象對另一人民那樣絕對的，國王特權還是被承認，而且繼續存在。「如此則國王有絕對的裁量權，以決定許可證之給或不給。他可以對於請願書的一部分或全部給許可證，他也可以無條件地給許可證或加以修改然後頒給。」(3) 於 *Irvin v. Grey* 1862 一案中，請願者以內政部長未將請願書轉呈國王，對內政部長提起控訴。內政部長辯稱業已轉呈，不過曾勸告國王拒給「許可證」而已。由此以觀，人民對於「許可證」

無要求之絕對權利，所以「權利請願」制度實不足以保障人民之利益。

第二點可以注意者，即「權利請願」制度之應用，範圍並不甚廣。Tobin v. E 案中，法院稱此程序只應用於財產或利益被國王奪去之情形。於 Feather v. R. 1865 一案中，柯克彭法官 Cockburn C. J. 將範圍略為擴大，謂：「人民可以應用「權利請願」程序之情形，只有當土地，貨物或金錢無故落入國王之手，而請願之目的在求其返還；或者如返還不能，則以金錢賠償；或其要求係發生於因供給貨物於國王或公務機關而成立之契約。我們法律書中，僅於此種情形方得採用「權利請願」。到了一八七四年於 Thomas v. Regina 一案中，布拉克本法官 Lord Blackburn 乃將其範圍推及於所有的契約。對於契約同侵權行為混合的案件，以及是契約還是侵權行為尚待決定的案件，國王大概會給「許可證」，使請願者到法院中決定其案件的性質。但下列情形不得採用「權利請願」程序：

- (一) 法律另有救濟的辦法；
- (二) 於通常法於平衡法皆不得請求之權利；
- (三) 由侵權行為所發生的請求權；
- (四) 由於侵犯商標所發生的請求權；
- (五) 所得稅誤交之返還請求權；
- (六) 文武官吏失官時對於薪俸，養老金，及損害賠償之請求權；

(七) 海外土地之請求權；

(八) 由於某種國際關係而生之請求權。(4)

依「權利請願」的程序，雖然關於政府契約的案子，人民大部分可得公正待遇，但人民與政府間的權義關係直到「許可證」頒給以前，還是處於不確定狀態；尤其兼有契約及侵權行為成分之案件，其能否適用此程序更須看律師之巧拙。這種情形視法國相差不可以道里計。法國平政院(Conseil d'Etat)於一八九六年八月八日的判決立下一個規則，國家責任雖有國會議決其免除，亦不得免除。國家公務商業化日益加甚的今日，國家對契約責任實已不能不負擔，而承認契約責任，實際上就是推翻主權之說。

關於侵權行為，我們不妨引代西的一段話，藉以說明通常法的看法：(5)

「每一個人，不論其階級或情況，都是在境內普通法律之下，而受普通法院之管轄。……我們的制度是每個官吏，上自首相，下至警察稅吏，對於他每一件沒有法律根據的行為，和其他人民一樣，須負同一的責任。判例書中有許多案件是官吏被提到法院，對於他們職務上所做，但是超越法定根據的行為，以私人資格被處罰或付賠償。」

由這一段話，我們對於英國「法治主義」下的國家責任問題應有幾點認識：

第一，官吏對職務的行為負個人責任。在通常法中，公私法是不分的。行為因之也沒有公私之分。一個行為如對他人發生損害，只要能證明是某甲所為，某甲便要負損害之責任，不問

其目的是要完成公共職務，還是故意對人施行損害。一個開郵車的人，在他職務的執行中，撞傷了行人，開車的人要負損害的責任，國家只認識個人，而不認識其公務員的身份。在法國職務上行爲早已不由個人負責，除非行爲者有可以證明的故意，或有職務以外的動機。在 *Pritchard* 一案中，警察因爲追捕逃犯將路人撞傷，平政院判決由國家負責賠償。英國情形迥得其反，警察追捕犯人碰到莫羅却要負個人責任。英國法律之規定往往不甚清楚。何者爲職務行爲，何者爲超過法律權限之行爲，都沒有明白的界線，必須案件發生時，法院始作決定。例如，關於弭平變亂的法律，規定所有的人都有用武力平定騷亂之義務，但不得用「過當」的武力。究竟「當」或「過當」的標準如何？必須看十二位陪審員的感覺而定，如判爲違法則行爲者須負殺人的責任。(88) *Rex V. Pinney* 一案中，布立斯多 *Bristol* 市長因爲預防變亂不力而被控。而一八九三年九月七日保護亞克頓大廈 *Aokton Hall Colliery* 的兵士向亂民開槍，倘非證明危急的情形存在，他們一定要對被害者負殺害之責任。(89) 英國官吏實是居兩難之中，對於職務之努力過與不及都會得咎，而所謂適中的標準，却只存在於陪審員的心中，不能預先確定的。

第二，行爲是否違法須在普通法院依普通法律判決之。英國制度所以對官吏發生不公平的情形，其最根本的原因是因爲這種案件是在普通法院依普通法律審判。何謂普通法律及普通法院，我們暫不在此處討論。代西所說的，無疑是指通常法及通常法法院。我們在上節已充分地

證明，通常法法院不是一個審判行政行為的良好機關，而通常法的許多信條更是大部不合時宜的。在通常法法院中，往往許多用意至善的立法被他們曲扭而失其本旨。曲扭法律最有效的方淺便是強迫行為的官吏負個人責任。這種事實連代西亦加以承認。下面是他所舉的例子。(10)

一八九四年的「商船法」Merchant Shipping Act 授權貿易部將不安全不適航的船隻扣留以策安全。依法執行之官吏如無惡意及受賄之情事，對其行為不負個人責任，商人因此所受之損害由貿易部償付之。但是就是這樣的明文規定，法官還是不肯承認官吏執行公務的身份。只要在執行時在最少形式上沒有依照法律的文字，所有被牽涉的官吏立刻都成爲違法的人。他們是否違法，自然要看所扣留的船是否有危險，但危險之存在與否却是由陪審員決定。陪審員毫無航海知識，對於政府常存偏見。所以官吏因此往往蒙不白之冤。這種不公的案件如 *Thomson v. Frier* 之類，是不一而足的。

第三，通常法只是對於超越法定權限的行為方令官吏負責。有的事情往往不能確定歸罪於任何特定的人；有時官吏表面上並未越權而人民却受其損害；有時法定的行為本身就當然發生損害；有時人民因爲官吏運用裁量權而受損害；有時因官吏的懈怠或不經心而發生損害。在這些情形之下，人民得不到任何賠償。

政策的行為，如和戰同外交，對人民發生損害，沒有人負責，固不待言。有些日常行政的行為也是無責任的。例如內政部長對於歸化的准許證，無論請求者已否滿足一切條件，皆可任

意拒絕發給。公家房屋壓傷人民，是無人負責的。河道的管理人疎於清除，致令漂流物碰壞船隻，在法國雖可要求賠償，在英國則否。(11)前面所舉火柴廠的例子，在英國便得不到賠償，因為法院只問有無過量權，而不究其動機。愛爾蘭總督用武力驅散羣衆集會，傷害人民，但法院認為是國家行爲，不予受理。(12)陸軍部長以發軍餉及卹金，受害者無處可以控訴，(13)政府有權把任何軍事機關職員撤職而不須給予任何賠償。(14)同樣 *Supernumeration Act* 允許財政部罷黜任何公務員而不須負責。由上舉的例子看，行政行爲之足以發生損害者不祇是越權行爲一種。通常法僅承認因越權行爲致人民之損害公務員須負個人責任，這不啻是使由於其他行政行爲而受損害的人民，成爲無告之民，不能得到任何補償。

第四、官吏的行爲自己負責，不得以執行命令爲免除責任之藉口。通常法不承認公務員的身份，只承認一些替國王做事的臣僕。公務員之間，法律不承認其統屬的關係。所以他們的行爲，都是直接受命於國王。國王是不能爲過的，因之是不負責任的。光榮革命以後，爲使「國王不能爲過」和「法律至上主義」的原則調和起見，遂發生大臣代國王負責的制度。一方面國王不能爲過成了事業，另一方面國王的每一行爲都有負責之人在。國王的行爲必須大臣副署，由副署者負其責任。推而及於凡受國王的命令而行爲者，一概須自己負責任。國王行爲的方式有三：

甲、因樞密院之建議而發出的命令 (*Order in Council*) 由所有出席主樞密大臣負其責任；

2. Signed Manual, Warrant, Commission order 等必須一個以上的大臣副署而負其責任。

丙、Proclamation, Writ, Patent Letters 及其他鈐用御璽的文件，由大法官及其他有關的大臣負責。

下級公務員法律不承認其與長官有統屬關係，法律認為他們係直接受國王的指揮。國王不僅自己不能為過，並且連想錯，或命令別人作錯，都是不能的。所以臣下如有錯處，應完全歸罪於他本人。英國歷史上有兩件著名的先例確立了個人負責的原則：

(1) 斯特拉福 Strafford 案。一六四一年斯特拉福氏奉國王命，欲以愛爾蘭軍隊幫助國王建立專政，被國會彈劾，通過判罪法案 (Bill of Attainder)。雖經國王權力袒護，但終於被國會黨殺頭。

(11) 但拜 Darby 案。但拜氏替國王與法國議和，國會疑其通敵。國王親下赦旨，上院認為赦旨不能阻止彈劾，終於判決囚禁。(16)

這兩件先例建立了雖奉有國王親手的命令不能無責任之原則。應用於現在的事實，就是說無論一個公務員是否由於上級命令，也要對自己行為負責。一個衛生部員依照部長命令拆毀舊屋，倘然法院判為違法，則負責者不是部長或公家，而是這小小的公務員。通常法官認為假使公務員能夠以服從命令為執行職務為辯護理由，則法治的原則根本不能實行，因為這樣會使官

吏脫離通常法的支配而受另外一種特殊法律原則的管轄。假如服從命令及執行職務可為理由，官吏一定可以層層上推，最後達到一個不負責任的國王，人民損害永不得賠償，此代西之所以稱之為「行政最專橫的特徵」，而認為是給予官吏一種特殊的「保護」。

所謂特殊的「保護」，依代西之見，即官吏因公務而發生侵權行為時，其法律關係受通常法以外的其他法律的支配。依此解釋，英國實亦非完全無此「保護」，不祇今日如此，代西時代即係如此。(17)通常法對於官吏失之過苛，許多制定法予以糾正，是亦必然之理。一八四五年有一法案曾謀將對公務員控訴的訟費及控訴通知，加以規定。詹姆斯第一的時代曾有兩次立法(7 Jac. 1. c. 5 and 7 Jac. 1. c. 12)規定對於某些執行法律及推定其為執行法律的人，予以保護。一八四八年 The Justices Protection Act 適用此種保護於治安法官。Customs Consolidation Act 1876 S. 268 規定，控告官吏必須一月以前通知，事過一個月以後即不得控告。一八七七年 The Customs, Inland Revenue and Savings Bank Act S. 4 復將其期限展為兩月。又英國一向有所謂「赦罪法」[Act of Indemnity] 的辦法，公務員因執行職務而致人民受損害，國會通過所謂「赦罪法」免除該公務員的法律責任。代西認為這種辦法並不是給予公務員以特別保護，因為第一，赦罪法是由國會通過的，本身就是法律。根據後法優於前法的理由，一個公務員依照前法雖為違法，但依照後法並不違法，所以這公務員可說自始就沒有違法，所以也不發生對違法的公務員的保護問題。第二，真是罪無可追的情形國會一定不會通過赦

罪法。第三，赦罪法內容可視情形而定。這都是代西的憲法學問世以前的情形。一八九二年大法官哈爾斯伯里 Lord Halsbury 提出一法案，擬把所有保護官吏的規定統一起來。一八九三年赫爾薛爾勳爵 Lord Herschell 提出二次法案，於十二月五日經上下兩院通過成爲法律，稱爲「公務員保護法」Public Authorities Protection Act。該法對於因善意執行或意在執行任何巴力門的法律或任何公共職務或權力而被控告者予以兩種保護：（一）這種控告必須於行爲，疏忽或怠職發生後六個月以內提出；若是繼續的損害，則於損害停止後六個月內提出；（二）如被告勝訴，則原告須出特別重的訟費。這項法律僅是一個潮流的初步，但這至少足以證明，公務員的保護即英國亦不例外。所以通常法的原則如願適用於公法範圍，必須有大量的修正。此外，近年行政機關及特殊法庭審理行政案件也是保護公務員的一種方式。

公務員的保護雖係根據公務員職務上行爲與私人行爲有根本不同之觀念，但這與承認國家責任却是截然兩事。有公務員的保護而不承認國家責任，公務員的痛苦雖可略減，但受損害的人民的痛苦却益形加增。所以，不承認國家責任仍然不能得專理之平。國家如承認其責任，則公務員保護的問題亦可迎刃而解，因爲國家可以自己的責任遮蓋了官吏的責任。所謂國家責任云者，就是一個官吏善意執行職務或服從命令時，對人民發生之損害，應由國家擔負賠償之責任。人民要的只是賠償損害。既得國家賠償，則對官吏個人自不須提起控訴。現時英國國家負責的情形也不是完全沒有，不過是少數的例外而已：

(一) Ministry of Transport Act 1919 S. 26 規定關於交通部的契約和侵權行為，部長可以被控，並且部長對於所屬官吏的行為負其責任。這就是說部員得以職務或命令為理由，將責任推到部長身上。部長則以代表國王的資格而承受其責任。這是和從前通常法上個人負責原則相背馳的。

(二) Merchant Shipping Act 1894 規定對於扣留不適航的船隻，如有不當之處，貿易部——而非其部員——可以被告而負其責任。同樣 War Department Stores Act 1867, Ministry of Health Act 1919 S. 7, 等法律都是規定各部負責的原則。上舉各例之所以得成為例外，是因為這些機關的權力是由國會授權而非固有的王權，故不能適用國王不能為過的原則。但是其為承認國家責任，則是一樣的。

(三) Road Traffic Act 1930—4 關於由該法所發生的刑事案件，交通部得指派一人負其責任。

(四) Elder Brethren of Trinity House 屬海軍貿易兩部管轄，但因其當初係私人團體，所以能被訴。(18)

(五) 印度部的前身是東印度公司，所以關於某些問題，部長可以被訴。(19)

(六) 官吏在外國對外國人之損害是國家的行為，國家負責。Baron V. DeMann 即其一例。

總之，除了極少數的特殊情形，及制定法的規定以外，英國行政機關大體上還是不負責任的。(20)英國人明知國家不負責任之不公，但仍一味死守著通常法的成見。他們寧願用實際的方法減少這種不公，却不肯接受一個合乎實際的理論。實際上內政部長對於權利請願事實上從未拒絕；國家向來對於因公侵權的公務員以國款給付賠償；海軍對於碰壞的民船，無例外地給予賠償。但是在法律上，他們一直不肯承認國家的責任。「赦罪法」的制度也足以表示這種頑固的態度。「赦罪法」雖足以解脫官吏的責任，却不能補救人民的損害。英國行政法的毛病就是在不能把事實代替擬制，而讓一個早已失去實在性的理論蒙蔽了合於實情的真理。

關於立法機關行為的責任，近來法國已有長足進步。國會單純的議決，至少在某種情形之下，國家已承認其責任。例如一八六〇年的薩佛亞 *Savoie* 教堂案，雖然國會議決拒付債務，但平政院於一八九六年一九〇四年，兩次判決國家賠償。國會通過的法律有兩種不同的情形：凡法律禁止之事業被取締時不得求償，但如係規定私人事業收歸國營，則須給償。一八七二年的火柴專賣法，一九〇四年取消荐頭店的法律，皆規定必須給償。國會法律如使被特許經營公用事業者加重負擔，國家也要給償，如一九〇八年連結水陸道路的法律是。這種國家責任在英國是不存在的。在英國國會主權的觀念尙未發生動搖。國會可以制訂或取消任何法律。因此立法機關的法律責任問題不會發生。假如國家把私營的公用事業收歸國營，人民對原物主或原法人的訴訟是否仍可繼續？人民和他的契約關係是否變更？國家責任的問題一定會由

這種地方發生，英國不遠的將來一定也須要解決的。

一八九五年六月八日法國修正刑法典第四四六條，對於再審判決無罪者，國家須賠償其損害，英國個人負責的原則僅適用於越權行為，法官判案是行使裁量權，所以是無責任的。

地方政府和獨立行政機關都是法人，大部行為可以適用私法原則，所以這類機關可以被告，並且有對職員行為負責之義務。但是因為它有執行公務的功能，所以有一部的權利義務受公法的支配：

(一) 它們在行政法上有大於私人的權限。它們可以供給公務，可以干涉常人的權利，可以徵收賦稅，可以徵用民地，可以拆毀民房，可以視察及監督衛生。在職務以內，它們有同中央機關一樣的特權，為常人所沒有的。其唯一的不同，就是它們不能不負責任。它們不但要負責自己行為的責任，並且要負其職員公行為之責任。同時它們有大於常人的義務，其所供給的公務必須公開而且公平，不同私權之可以自由處置。

(二) 它們缺乏普通人民所具之權力。它們的權限只限於法律所授與者，對於法律規定以外的事項它們無負責之能力。例如一公司與人訂立一個與公司職務無關的契約，則此契約不能拘束公司，只能由經手者負責。

(三) 有些人表面上是公務機關的職員，但事實上他們自有其法律上的職權，其行為與該機關無涉。這是與私人企業不同的。例如，警察雖由市政府給薪，但執行其獨立職權。

(四) 受「公務員保護法」的保護。

三、國家責任與個人責任之利弊

對於這個題目，我們分幾個問題討論之。

(一) 英國需要那種國家學說？「學說之有天然演化，和物種沒有區別。倘若任其逗留於腐化狀態之中，定然會發生嚴重的不公平。」(21) 拉斯基教授這句話很可以代表我們對於本問題所要作的答。英國國家學說必須和她當前政治，經濟，社會狀況相調和呼應。一味倚老賣老，抱殘守缺，絕不是進步的因素，而是進步的障礙。

某國國家學說可以說自從推多王朝以來沒有變化。推多及斯圖亞兩代，國王威權樹立，和國家合為一體成了萬人之上唯一的主宰。法律是王者的命令。一切在國家以內，沒有東西在國家以外。光榮革命之後，實際上國王的大權雖然旁落於國會，但在理論上國王還是一切權威的泉源。國王的人雖與國家分開，國王的位置——王座 *The Crown*——反而和國家合而為一。王權還是至大無外，國王還是國家唯一代表，國家只存在於國王人格之中。所以法律只知道有國王，不知道有國家，國王是不能為過，不能被告的，所以國家的行為不對任何人負責任。

近世國際法發達的結果，國家不再是無羈的野馬。她不能不低首於一種更高的法律之前。在國內法上，個人主義也給她以嚴厲的束縛。到了今日，國家不復是也不必是一個威不可仰的東西，而只是許多個人，為滿足公共需要而組織的團體。我們如對於鍛鍊身體有公共的需要，

我們可以組織一個體育會。國家之性質亦復類是，所異者，大家對於國家所需要的是包羅萬象的公務而已。所以國家實際上是一個絕大的「公務法人。」許多國家已經坦白承認這個事實。法國即認國家——中央政府——為法人之一，和地方政府及鐵路公司一樣，為享權利負義務的主體。她是一個以供給公務為目的的法人。主權的國家不復存在。在英國，社會演變的結果雖然使舊觀念下的法律之實行遇到若干困難，但是他們對於國家的觀念仍不肯以理論及歷史遷就事實。Mersey Docks Trustees v. Gibbs 1866 一案的判決雖然使中央政府以外的行政機關擔負行為的責任，可是雇用人責任的原則 (respondent Superior) 始終未能適用於國家行為。

我們曾經說過，國家是一個公務法人，不是空空洞洞的主權者，而是許多職員是在那裏活動的機關。這些職員便是政府。所以目前我們第一個需要便是承認一個鐵一般的事實：國家即政府，政府是人組織成的；人必有過，所以國家是可以為過的；為過者必須負其過失之責任。國家的職務既是供給公務，當它執行公務時，使少數人蒙受其損害，自然應當予以賠償。這是人類正義的所趨。依照公平的原則，我們絕不應允許因為多數人的利益，犧牲少數人。如果得到好處的多數人對於少數人無端受害視若當然，這是有自尊心的人所引為羞恥的。

(二)「平等」是否一切至美至善的標準？許多人都把「平等」估計得太高。不用說真正的平等在人類社會中是不可能的，即使在某一方面我們可以得到平等，但是在另一方面這却是

種種不平等的肇因。代西所說的「法前平等。」就是說只要你理由充足，你便可以得到和任何情節相同的人所能得到的一樣待遇。然而事實上，富人可以層層上訴，窮人無力上訴；富人可以延請最能幹的律師，窮人也許連律師都請不到；在這種情形之下，法律平等便失去意義，反而是產生不平等的根源。再如，任何人，概無例外地。須對自己行爲負法律責任。這應可以說是平等的原則了，然而事實上，高級官吏對於會發生法律責任的行爲從用不着自己動手。他可以命令下級人員去作。法律責任當然落在下級人員身上。更進，金錢的價值對富人與窮人有極大的差別。如一般富翁駕駛汽車碰傷行人，他出幾十鎊錢，只是九牛一毛；若他的車夫要出同數的賠償費，也許家中就有斷炊之虞。所以平等的事實往往會發生不平等的結果。

有時，正義所需要的不是平等而是不平等。個人主義者主張法律對一切人平等待遇，但是最極端爲個人主義者也不會主張未成年孩子應當有契約自由，或對自己的言行有負責的義務。正義感是隨時代社會而不同。從前在許多國家中，妻在法律上是限制行爲能力人。立法用意固然注意於家庭的調諧，但是婦女的無知，軟弱也是立法之主要原因。今日則大半國家男女平等。這是因爲社會，經濟，教育狀況演變的結果。從前契約自由是個人主義的金科玉律，然而今日工人，佃戶在大多數國家已沒有契約的完全自由。今日正義所要求的不是空洞的平等，而是合乎正義的對弱者之保護，前數十年，爲工人在工作進行中對於第三者發生損害或自己受傷，那是咎由自取無可怨尤。然而現在的正義觀念却認爲財力雄厚的雇主應替財力薄弱的工人

賠償或給予卹金，雖然雇主本身無絲毫過失可言。假使有人說美國駐瑞典女公使哈利遜夫人 Mrs. Harrison 在法律上是限制能力人，沒有訂立契約能力，大家一定笑爲落伍，但是執個人主義時代的觀念以權衡集體主義時代的事物，實卽類此。

在行政上道理是一樣的。「平等」與「正義」並無不解之緣。權力大的人責任也比別人大，所應受的限制也要比別人多。依照 Official Secret's Act, 1911 官吏對於保守政府祕密有特別的義務。官吏不得同時爲下院議員。許多國家的刑法對於官吏的行爲的監視特別嚴格，因爲官吏有大於常人的權力，其爲惡的可能性同危險性也比較大。

由上面所述，我們可斷言，平等和正義不是對等的也不是聯帶的。正義是隨時代而改變。我們所要求的不僅是平等，而是合乎正義的平等。官吏因其職務的性質，與一般人民在某些方面確有不同。因之，從這些方面，我們不應該用「平等」的尺度來量他。受到公務的好處的人，覬顏而視無辜的公務員，不由於自己的過失，不爲自己的利益，只是因爲熱心公益而受罰，這是天下最不公道的事情。就以平等而言，一個地方行政人員與一個中央公務員作同一行爲，前者由地方政府代其負責，後者只能自己負責。這種情形安得謂之平等？再如，一個兵無故離開軍隊，以通常法論，只是違反契約，但是因爲 *Military Act* 的緣故他必須受逃兵的處分。因爲其職務，性質的不同，而有異於尋常的待遇，這是大家所承認的。官吏的情形和兵士原無不同，而大家却必須以平等律之，這邏輯實是不可解的。

(三)何謂公務員的「保護」？代西之倡導「法治」，「法前平等」，其用意由許多地方可以看出是要用法律的大帽子來壓制或防止行政的專橫，要把行政置於司法控制之下，然後法官們方能保持社會的現狀。達到此目的之手段就是「法前平等」即所有官吏須在普通法院負個人的責任。官吏既須個人負責而得不到「保護」，則必須小心翼翼仰承法官的鼻息。這種惟法官之命是聽的官吏，自然不會專橫，社會現狀也就可保無虞矣。

法國共和八年憲法第七五條及刑法第一一四條(28)所規定的官吏保護，平心而論，似嫌過當。依該規定，官吏的行為，只要得到政府的贊許，便可置身法律之外。這不啻是鼓勵官吏違法，同時也是鼓勵政府利用官吏以達到專制的野心。假使官吏保護的目的是要使官吏全體可以逍遙法外，這自然是很危險的。但是官吏保護的本身沒有絕對是非，要看設立的目的及其發生之環境。英國何嘗沒有類似的「保護」？法官對於錯斷的案件不負任何責任。他在審訊時發言，對於任何人的損害都不負責。同樣，議員在議會中之言論，不對會外負責。何以英國人並不怕他們專橫呢？這也是他們所執行的職務之性質使然也。所以「保護」之是否需要？需要到何程度？應以其公務之性質而定。

前面所講的官吏保護，並不足以盡這名辭的意義。這只能救濟一方面的不公。現代法國行政法對於官吏的保護，其實不止是對於官吏的保護，而是對於整個不公情形的糾正。官吏保護的作用實有兩方面，一方面對於無端受損害的人民給予充分的補償，一方面由於公衆利益發斤

生的損害由公款給予以賠償。這種原則得以實施，則對於官吏及對於被害的人民兩方面都可得到公平的待遇。

雇用人責任的原則在私法上已被普遍地接受。在公法上除了中央機關之外，這原則亦已得到應用。時至今日，主權學說已被證明為不健全，且日就毀滅的途徑。假使我們能毅然拋棄無稽的主權學說，而來應付實際的需要，則雇用人責任的原則也就立刻可以應用於中央政府。這種趨勢雖於 Merchant Shipping Act 1894, Ministry of Transport Act 1919 微露端倪，但一般的成見仍深，改變還待更大的努力。

事實昭示我們，公務員個人負責的原則已在在表現其不公平的結果。它不但對於弱者不予保護，而且使其冒更大的危險。高級官吏只是發號司令，而能發生責任問題的，只有與人民發生直接接觸的低級官吏。高級官吏的行為通常和政策分不開。關於政策的行為，他僅對國會負政治責任。在政黨政治及內閣一致進退的制度之下，政治責任幾乎等於無責任，因為部長的行为通常可以得到內閣的同意，而國會的多數又是內閣的黨羽，在通常情形之下總是擁護內閣的主張。即是犯了極重大的過錯，部長不過一走了之。所以高級官吏幾乎可以說不負任何責任。反之，下級官吏雖然鞠躬盡瘁，倘若不幸一旦有一個最細微的法律形式沒有遵守，賠償的責任就會立即發生。

在另一方面，受害人目的在求得充分賠償，並不要問是誰負責任。Bainbridge V. Post

master—General 一案，被郵車碰傷的 Miss Bainbridge 要求的是賠償，不是復仇。她控訴一個力不能自給的車夫，有何用處？所以，就受害者立場看，國家不負責也是不公平的。

我們不妨用拉斯基教授的一段話來結起來：(註)「這個制度(個人責任)明顯的目的是要防止每個官吏違犯法律。它並不像大陸的辦法着眼於受害者的損失，它只是堅持，如果一個官吏犯了法律的錯誤，他必須賠償。可是，至少可以說，這規則是否產生公平的結果是很可疑的。一個窮苦的人，因為別人的利益而犯了錯誤，如把一擔責任都加在他肩上，這也太刻薄的辦法，而且多半情形控訴者得不到充分的機會要求充分的賠償。……洛吾先生 Mr. Lowell 說得好，這制度是使自由倚靠在法律上，但是這自由是一個否定它本身所賴以實施的平等原則的自由。」我們所說的「保護」與其說是對官吏的保護，毋寧說是對於少數弱者的保護，或者說是對於真正「平等原則」的保護，也許更適當一點。

(四) 如何使國家負責？ 要使國家負責，第一，要棄掉陳腐的主權學說，要承認公務的執行是大家的利益，應該由享受利益的大眾負擔其責任。第二，「法前平等」是表面的，形式的平等。現在所需要的是合乎正義的平等。什麼是「正義」，固然自柏拉圖以來還沒有定論，但是我們至少可以說，一個誠心執行公務，主觀上沒有故意，客觀上沒有過失，的公務員，要對於一個不能避免，不可預見的事項負其責任，無疑是不合正義的。在另一方面，人民受了公家的損害，僅能對低級官吏施行報復，亦非事理之平。我們如能把國家由特權的，個人責任主義

的護符後面拉出，令其擔負平民一樣的責任，這也許對於真正的平等原則有更大的貢獻。

使國家負責的具體辦法就是設立「行政法院」制度。根據大陸的經驗，「行政法院」制度有下列的優點：

第一、行政法院制度坦白地承認國家的責任。英國的辦法雖然事實上對於契約可以用「權利請願」的程序，對於國家侵權行為之損害由公家給予賠償及通過赦罪法，然而這些辦法都是依政府的高興，無權利可以要求。承認國家責任，無非是把這些事實的救濟辦法加以規律化與法律化，使合乎事實的理論代替法律的擬制。

第二、「行政法院」的法官具有行政的知識與行政的熱心，其目的在促進公務的順利推行而非在阻撓行政職權的行使，所以在性質上它是有權力並且有能力過問行政行為之當否以及其動機之善惡。我們會講，通常法院在本質上不是行政行為的良好判斷者。許多排除法院干涉的法律，其目的大半是要避免這類不利的干涉。通常法院以爭管轄行政之權，無非要防止行政的專橫，然而實際上，通常法院之爭愈力，則此種法律之制立愈多，適足造成行政逍遙法外的狀態，真正的專橫之危險乃得發生。「行政法院」既有審議行政行為之能力，且又是司法的性質，則此種危險方能消弭於無形。

第三、行政法院制度可以促進行政效率。通常法對於官吏疎於職守，或愚劣不能勝職的情形不過問。只要官吏沒有積極觸犯刑章沒有違背法律的文字，便沒有任何責任。這無異於鼓

勸他們怠慢和尸位，而禁止其熱心從公。「行政法院」對於疎忽或愚劣的官吏反科以個人責任，則怠職與不稱職者均無所遁形矣。

第四、「行政法院」制度可以保障公務員的權利，使其要安心作事，不至用於人事之時間精力更多於用於公事者。

第五、「行政法院」制度分官吏行為爲個人過失與公務過失，可以使公務員不至無所顧忌，同時也可以不令他們負無過失的責任，個人責任是防止濫用權威的有效治療。Governor Walls Case, Entick v. Carrington, Phillips v. Eyre 等案的先例都足以使粗率 and 專橫的官吏所警惕，但是公私行爲不分，也易發生失平的結果。

一九二七年國會中提出的 Crown Proceeding Bill 可說是一個比較進步的立法。但此案如由根本原則相抵觸的普通法院去執行，不免仍要失去該法案大部的效力。國家責任的接受是一個重大的改革，不是局部的治療所能爲功，而必須把整個觀念和機構澈底變換方能見成效。

註

1. Bagehot, W.—The English Constitution, 1905. Introduction 2nd Edition.
2. Monckton V. A—G. 1850
3. Robertson N. S.—The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government (1908) P 377.

4. Robertson—op. Cit P. 349—165.
5. Dicey—The Law of the Constitution P 189.
6. Bainbridges V. Postmaster General (1906) 1Q. B. 178.
7. Arret Arnhrosini 10 Mai, 1912, Sirey 1912 III P 161.
8. Dicey op. cit. P 299.
9. Ibid note VI P. 512.
10. Ibid P 838.
11. Duguit—P—Cité 卷三第11回附○
12. Sullivan V. Earl Spencer Jr Rap 6 C. L. 172 (1872)
13. Gidley V. Palmershon 2 B. and B. 275 (1822)
14. Grant v, Secretary of State for India in Council L. C. P. D. 435 (1877)
15. Gardiner S. R. —Astudent's History of England P 531.
16. Ibid P 630.
17. Army Act 1881 (44—45 Vict. O58)S. 844. 規定軍人不得因少於三十鎊的債務強迫出庭。
18. Gilber t V. Trinity House 17 Q. B. D295 (1886)
19. Jehanger M. Curseti V, Secretary of State for India in Council R. 2/ Bond. 109 (1902)
20. Or. Robertson—op Cit 1—108.
21. Leski—Fauudation of Sovereignty P 111.

22. 規定官吏除非得到平政院的許可，不被控訴。
23. 規定官吏因善意執行上級命令所為之行爲不負責任。
24. *Taith op. cit. p. 195*

第六章 結論

自從達爾文學說出現以後，再不會有人相信世界上有一個理想狀態。一切活的東西沒有不變的，人類無時無刻不在進化之中。柏拉圖的「共和國」，慕爾(More)的「烏托邦」，是建立在一個靜止的宇宙觀上，以為達到一種境地的人類社會就可以一成不變，在這社會上所適用的原則，可以放之四海而皆準，傳之萬世而不惑。但是現代的人已經不會承認有這樣一個互古不^世時真理，然而許多大學者大思想家都不能跳出這窠臼。布拉斯頓 Blackstone 以為英國光榮革命的解決是一個至美至善的憲法，沒有改變的必要，也沒有改變的可能。馬克斯雖然認為社會是在不斷地變化和進步，但是他的辨證法似乎到了共產社會，便立刻壽終正寢。同樣，代西雖然批評布拉斯頓的固步自封不能認識社會的變化，自己却也犯了同樣的毛病，以為一八三二年的解決，可以把社會安置在一個永垂千古的基礎上。

無論何人，往往都有一種傾向，把自己所謂好，當作全社會所共認的好，把目前所謂好，當作永久的好。他們往往把目前認為滿意的狀況在歷史中找到先例，然後說這是源起於「不可記憶」時代的傳統，是洵鍊愈精的道理，所以是至美至善的標準。英國人似乎很相信這種邏輯。所以有人要有所主張，他必須託古改制。「大憲章」「權利法案」等都是要求英國人「不

可記憶時代的權利」，彷彿只要歷史上有根據，任何道理都可以成立。因此，代西也說，英國人的權利因為是由「不可記憶的時代」以來即見於判決書中，所以比任何憲法保障還要有效。許多思想家對於現狀滿意，常常把它推到遠古，然後說這是垂諸永久的真理。但是人是經驗的奴隸，他所知道的善，僅是囿於他個人在目前所感覺的善，他並不去想其他人在別的時代別的環境中是否也會認其為善。代西所陷入的偏見便屬這一類。其實法院判例的保障如何有效？其原因是因為這一個社會的大多數人認為這是有利於個人的發展，而由社會上最有力的分子加以支持。如果大多數人都認為法院的判決違反社會福利，則法院的判決就不能僅僅因其為法院的判決，或因其源自遠古，而有一切拘束的效力。代西似乎忽視了「社會需要」這一點。他只知道，最高法院的判決是他所認為能夠保障個人權利的，所以是最有效的保障，他不考慮假使到一時期，法院所保障的不復是大多數的利益，而是少數的利益，法院是否還是最有效的權利保障者，或者它所保障的權利是否應該保障。

十九世紀的英國法律演化實是一段歷史的重演。世紀的前半是對光榮革命的解決的滿意時期。當時的許多學者以及社會上知識階級都認為這種解決是最後的，也是完全的，不流血的戰爭是英國最後一次內戰。英國十九世紀學者巴來 Pallett 說當時國會是「最高智慧的集合。」高得斯密斯 Goldsmith 認為當時的法律，不刻不寬，恰到好處。(1) 世紀後半的人士對於當時的法制也如巴來等一樣，抱著絕對的樂觀。他們歌頌的對象不復是光榮革命，而是一八三二

年的改革。代西當他傑作「憲法學」問世的時候，雖已快到個人主義開始或式微的時期，然而他的訓練和經驗都給他一個濃厚的個人主義色彩。他認為放任主義應該是立法的基本原則，法律應該尊重個人自由權利。當時的法律確能維護人民自由權利，所以代西以為只有法院的統治才能確保人民的利益。這種制度他稱為「法治主義」。一切涉及人民權利自由的事項的合法性，最後必須經法院的審判。除開國會特別規定外，所謂「法」即是通常法，「法治」也就是通常法官依通常法原則來治理國家。代西看來這是最合理的制度。「法治」的反面是專制。十七世紀兩次革命的結果法律方才壓倒了國王，「法治」代替了專制，人民自由權利才得發展。因此而獲得利益的人固然頌揚不置，認為是人類社會組織最高的成就，希望由此而獲得利益的，人人也覺發展的機會比從前確是多一些。世界還大得很，個人可以開拓的園地還是無限的，人人都對於所處的社會制度存有無限的希望與野心，所以直到代西時代的數十年中放任主義的權幾乎是全社會普遍的要求。處於個人主義全盛的時代的人很容易覺得這一時代的一切制度原則都是完善到不能復贊一詞。他們很難想像到個人主義也會發生惡果的。個人主義的惡果必須於個人主義充分實施及試驗以後，才會暴露出來。這自然為代西一代人所難豫見的。他們彷彿覺得現制度以外，唯一可能的變化只是專制，所以任何改變就是回復到專制的動向。他總不想到還有第三條路可走，而這第三條路更能達到防止專制，促進公道的目的。

這裏我們需要保留一點，即作此想法者雖為當時社會上大多數有發言權的人士，但對於現

狀不滿，早已大有人在，一八三四年 Poor Law Act 把從前救貧範圍大專縮小。這是依照財產神聖的原則，便不能顧及窮人的死活，因此大受指責。憲章運動之能夠風起雲湧，尤足以證明反對現狀之激烈。所以真正在法律上主張極端個人主義者——卽代西一派——實際上不是因個人主義而獲得利益的，便是希望得到資本家睡餘的人。他們的利益是以個人主義的存在爲前提，法治主義則是確保個人主義的一個有效工具。

確是出乎一般意料之外，幾十年之間，世界竟然變成擁擠不堪的所在。可供開發的地方都已開發完了。外國的競爭日趨激烈。英國人發展的道路一條一條地走不通了。發財的機會原來却並不均等。得不到機會的人變成牛馬奴隸，淪爲餓殍者，日多一日。較易接觸民意的國會，不知不覺地被催著走上集體主義的途徑了。然而法官是一個「獨立」的團體，自有其信條和原則。國會與法院之間，於是不得不發生不能泯滅的鴻溝。法官所受的訓練是如何保障權利和自由，其平時接觸者盡是達官貴人，富商巨紳，個人主義的法治原則在他們訓練信條及經驗中都是一個已定的前提，不容懷疑，而且他們在職業上也沒有追問這個前提的義務。雖然集體主義的空氣已經瀰漫了全社會，代西的論著仍然被崇爲金科至律，在集體主義的巨浪中，他們成爲個人主義的砥柱。

我們在分析代西及其徒衆的思想背景時，我們覺得代西是猶及見個人主義餘輝的人，所以他的輝格 Whig 理論雖把憲法看作保障自由競爭的工具，但是他至少是代表當時流行的意見，

爲大部分能夠發言的社會所攬成。現時法官已失去了公意的後盾，他們所根據的只是一種政治的偏見。他們的動機可說是政治的，而非法律的，因爲法律的動機是問問者是公道的何者可以達到維持正義之目的，政治的動機則是爲謀一部分人奪取政權或保持政權的動機。所謂「法治」，顯然是法官用以壓制行政，阻撓社會政策的實施，保護資產階級利益之工具。「法治」一辭，在普通人的印象中，應是國家的一切行爲都依據一個裨益全體的法律，沒有個人的愛惡，沒有黨派的偏見的理想狀態。通常法官所講的「法治」，實是代表一個反社會的勢力，是一個階級永遠獨占的保證，不足以副這個堂皇正大的名稱。真寧斯認爲當代西說明英國憲法原理時，他實際上是在講他的輝格派的政治主張，「在這種意義之下，『法治』就是說公共機關不應當有大權，也就是說，自從狄斯列里 Disraeli 以來侵入政府政策的集體主義是一個要不得的原則。」(2)

就以代西所講的「法治」而言，他理論的正確性，可以從兩點來觀察：第一、「法治」在英國事實上是否存在？第二、他所講的法治在理論上是否應當存在？

「法治」照代西的意思就是「行政法」——即行政法中之政府與人民間的行政訴訟——的不存在。無論何人涉訟都要依普通法律由普通法院處理之。

和「普通法律」相對立的是「特別法律」。講到「特別法律」，我們一定會聯想到一部法律專爲一部人而訂的，如「軍隊法」，「教會法」，「官吏法」等是，或是爲特定目的在特殊時

期中適用的，如「戒嚴法」，如中國之「非常時期緊急治罪法」是，或是在普通法典以外的法律，如中國之「公司法」「保險法」「票據法」是。英國沒有法典，所以第二種標準不能成立。法律總是有目的，何者為特殊目的，何者為普通目的往往很難分別。Defense of the Realm Act 1914, Restoration of Order in Ireland Act 1920等法應可稱為特別法了，但是法院却以「普通法律」目之，可見目的和時間都不是特別法律和普通法律分別的標準。至於適用於特殊一部分人的法律，雖是「特別法律」之一種，但是因為不適用於一般人民，與「法治」原則不生衝突，所以這種法律並不包含在代西所謂「特別法律」之中。然則所謂「特別法律」究何所指？似乎代西之所以設此區別，目的只是在指出通常法與法國行政訴訟法之不同耳。

何以法國行政訴訟法是「特別法律」？代西的答案是，行政法——實為行政訴訟法——對於官民之間的關係採用不平等的原則，與通常法的人人平等原則不同，故為「特別法律」。通常法的所謂「平等」，我們曾經指出，是表面的，而且是不完全的，因為有的情形，如國會議員及法官，在某種狀況之下並不與平民平等。平等既不能作為區別的標準，則唯一可能的區別就是一個是「通常法」，一個是「非通常法」而已。這就是說只有通常法是「普通法律」，非通常法即是「特別法律」。但是這分明與事實不符。平衡法數百年來即與通常法同為英國法律之一部。一八七三年 Judicature Act 雖然把它和通常法合於一系統，但是它所根據的原則，所遵循的程序，完全和通常法兩樣。「除了偶然在同一案件中兩種法律問題同時發生以外，這兩

種法律總是分開執行。兩種法官各依其傳統辦法，業於這兩種法律的律師也是門戶鮮明，和從前一樣，並且對於他方都不存欽慕的情緒。」(e) 在「高等法院」High Court of Justice 的三部分中，通常法的執行只居其一，即王座法庭是也。不但也，即王座法庭所管的事項，中也有非通常法所規定的問題，如破產法原屬倫敦破產專務院 London Council of Bankruptcy 所管轄，一八七三年始併於王座法庭。這些非通常法之存在，證明通常法即「普通法律」之說是不合事實的，同時也證明一切案件都要依「普通法律」才合「法治」原則是沒有根據的。因為通常法所包括的事項是有一定的。在它所未包括的事項發生時，不能不有其他法律產生以應付需要。我們既不能阻止通常法以外的事項發生，也就不能阻止別的法律之運用。所以法治不應，也不能，以合通常法與否作標準。

當我們說明通常法不是英國唯一的「普通法律」，並且法治不應以通常法為標準的時候，我們僅是指英國目前的通常法而言。我們承認通常法能夠變，而且應該變。它一向有能夠追隨社會的進步作急劇的變化之功能與特長。我們相信這種特長可以再度施展。從前它曾經承認過王權至高的原則，它曾經贊許過圍地辦法，它曾經接受過圍獵法。它當初並不反對王權，而是王權的工具。對於亨利第八的 Statute of Proclamation 1539 它並未加以反對。圍獵法對於獵地所謂陷阱暗器傷害行人不予賠償，通常法並未因保障人權而加以抗議。然而，曾幾何時，一六八八年以後，國會至上原則代替了國王至上原則。十九世紀以來乃有保護人身，財產神聖的

原則。十八世紀以前是大地主得勢的時代！通常法為維護大地主利益之工具。十九世紀是中產社會全盛時代，通常法則搖身一變而為個人主義的護法使者。這種適應環境的優點，很可能使它迅速地彌補目前的缺點，把以前不能解決的問題加以規定，已經落伍的原則予以廢除，那麼就在通常法的機構內，實現法治却未始不可能。

如果「普通法律」不僅是通常法，則何謂「普通」，依然是一個不能解決的困難。「普通法律」如作「普通法院」所執行的法律解釋，那我們要進而問甚麼是「普通法院」。唯有通常法院是「普通法院」之說也同唯有通常法為「普通法律」一樣的不合事實。假如我們以承認通常法院以外，尚有其他「普通法院」為前提，則我們對於「普通」與「特別」法院之區別，可以勉強設立如下的標準：

甲、法院管轄範圍是及於一般人民還是僅及於一部特殊的人羣。依此標準「軍事法庭」「宗教法庭」顯然是特別法庭，而統一之行政法院，以及附屬於各機關的行政審判機關，俱不得謂為特別法庭。

乙、依其是否經常設立，管理人民日常關係，在民衆心目中已否樹立相當信仰，並且在維持公道的工作上是否得到相當成績。依此標準平衡法院，遺囑檢定離婚及海軍法庭 *Division of Probate, Divorce and Admiralty*，鐵路運河委員會 *Railway and Canal Commission* 等都應該算作「普通法院」了。行政法院在法國自應居「普通法院」之列。試觀其威信之增長，法

理之發展，審理案件之繁多，我們不得不承認其為「普通法院」，而且是一個極孚衆望的法院。不但大陸學者視它為防止暴政最有效的工具，就是英美法學家也是津津樂道。近年英國漸漸亦設立許多行政審判機關，應用大陸行政法原則，其中大部尤能以維持公道博得人民信仰，如上舉的鐵道運河委員會 *Railway and Canal Commission* 等是。這種法庭之為「普通」的程度實不下於英國任何其他法庭。

丙、依其是否對行政獨立，由職業的法律人員主持，作獨立的判斷，不受政治的影響。依此標準，英國許多由部長自審的制度，自應認為「特別法庭。」至於由行政機關設立而作獨立判斷之審判機關，其獨立程度較之通常法院並不多讓。這類法庭自應屬於「普通法庭。」英國法學者波特 *Potter* 主張把這類法庭歸劃大法官管轄。這辦法對於此類法庭之性質雖未必多所改變，但對於祛除一般疑慮或不無功效。(4) 至於法國行政法院之獨立性，即代西亦已承認，自不必細說。他所懷疑的只是法官沒有任期的保障。這是崇高習慣法的英國人所不應有的懷疑。因為平政法官之終身任期早已成為習慣了。假如上述三種標準都不是代西所認普通法院和特別法院區別的標準那最後的結論只有說凡非通常法法院都是特別法院了。

由上面的分析，我們可以得一結論，即代西所講的「法治」——即行政訴訟的不存在——是不合事實，且不健全的。不合事實，因為現在英國有許多案件是依法國行政訴訟法的原則解決的；不健全，因為假使這種原則完全排除，把執行這種原則的法庭完全封閉，則不是行

政的執行成爲不可能，便是通常法本身會激起嚴重的變化，排除法院審議的法律一定會激增致使關於行政的法律關係陷於無法狀態。法國平政院儘管當初是幫助行政擺脫司法控制的工具，但現在它本身就是一種法律的控制，其強迫行政遵守法律的效能且在英國通常法以上。現在英國解決行政問題的途徑有二：不是通常法的理論和信條經過徹底的修改，就是行政問題脫離通常法的管轄，英國法學界勢必在這兩種辦法之中有所抉擇。

註

1. Dicey—Lectures on Law and Public Opinion in England P 75.
2. Jennings—op Cit App II. S. 1
3. Lowell A. S. —The Government of England 1926 V 2. pp 458.
4. 波特氏主張共有六點：（一）統一證據及程序法，（二）關於法律的問題得得上訴，（三）設立行政法上訴法院，（四）公開訊問，公布判決書，（五）一切正式的法庭歸大法官管轄，（六）大法官逐年報告行政法制度之進展。

中華民國三十四年九月初版

版權所
翻印必究

英國行政法論一冊

滄版熟料紙

定價國幣壹元叁角

印刷地點外另加運費

著者 陳體強

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

20112134
商務呈徽

572

152971



C
3.121