

大學用書

中國行政法總論

林紀東編著

正中書局印行

588.1

261

2

大 學 用 書

中 國 行 政 法 總 論

林 紀 東 編 著



3 0646 8288 7

正 中 書 局 印 行

第二節	訴願之管轄	二〇五
第三節	訴願之程序	二〇六
第二章	行政訴訟	二〇七
第一節	行政訴訟之意義及其要件	二〇八
第二節	受理行政訴訟之機關	二一〇
第三節	行政訴訟之當事人	二一一
第四節	行政訴訟之程序	二一三
第五節	行政訴訟之效力	二一四
附錄		二一七

例言

本書係就余在中央政治學校，歷年所編之行政法總論講義，修改而成。作者忝列講席，不及五年，鑽研未深，原無問世之意。惟以我國行政法學著述，向不甚多，抗戰以來，行政法令，變更甚繁，其依照現行法令編撰之著述，尤屬絕少。大學學子，咸苦行政法參考書之缺乏，一般擬應高等考試特種考試之行政法試驗者，尤有無適當依據之懼。拙稿雖係淺嘗之作，然所援引法令，較為新穎，或能合於實用，故敢冒昧付印，以應實際之需要。茲當付印之始，謹就本書編述之體例，略贅數言。

一 本書為適應實際需要而作，立論以平實易曉為主，取材亦力避不必要之繁複，不欲矜奇立異，或務求廣博，反致讀者如墮五里霧中，有觀念不清之苦。

二 本書編撰於抗戰以前，出版於抗戰之後，對於戰前公布之基本法令，固未敢略而不談，對於戰後新頒之法令，與中央地方行政組織，有重大關係者，如關於行政三聯制之各種法令，戰區各省省政府設置行署通則，縣各級組織綱要，以及各種公務員法規等，尤特加析述，以便實用。

三 一般行政法學著作，往往固守所謂「解釋論」之立場，而置立法論於不談，故當敘述某一法規之際，僅以整理與解釋為能事，至於該法規全體，或其中之某一條，在立法政策上或立法技術上，是否妥當，則多置而不論。意謂此為行政學與行政法學之分際，行政學置重於行政現象之批判，行政法學則置重於行政現象之說明，二者截然有別，不可混同。此種理論，實由於註釋學派之影響，作者以為法律乃社會現象之一，為社會而存在，倘置法律之得失臧否於不問，而僅從銓釋文字着手，則亦何貴乎有法學之存在。故本書於析述各種行政法規以後，往往附抒己見，為得失之檢討，某種行政制度之實施結果，有統計或其他報告可據者，尤為特筆述及，庶幾掙脫註釋派之鎖鍊，使法學不至與現實社會脫節，而徒蹈於空論也。

四 行政組織為整個政治制度之一節，欲明現行中央行政組織，須先知現行中央政制。我國現值訓政時期，以黨治國，黨政間相互之聯繫，為了解現行中央政制之關鍵，倘囿於外國政制理論，置此根本事實而不論，將有難於索解之苦。故本書第二編第三章第一節，除敘述行政院及所屬各部會之職權及組織外，對於中央政治委員會及國防最高委員會之存在，特再三置意，以為尋本溯源之助。

五 剿赤時代地方行政組織之改革，對於現行地方行政組織，影響甚大，由其實施之結果而論，亦極有注意之價值，故本書敘述甚詳。

六 一般行政法總論著述，往往有敘及自治行政法及公物、營造物法者，作者認為此數者，均有其特殊之

法理，以在行政法各論中述之爲宜，故本書略而不敘。

七 行政行爲法，爲行政法總論中最難敘述與了解之部分，誠以行政法之發展，較一般私法爲遲，無統一之法典可據，無確定之原理可尋，故極難於敘述與了解也。作者於敘述本編時，採取比較方法，力求與民法法律行爲之原理相對照，期有助於讀者之了解。

八 本書立論取材，固以平實簡明爲主，然若干重要學說與法令，有極具參考價值，未獲列於正文，而又不容割捨者，故特著爲附註，以備參考，此類附註，頗有翻閱價值，幸讀者勿以具文視之。

行政法規制定及運用之適當與否，於國家政治前途，關係甚大，當此舉國上下，盛倡厲行法治之際，欲求有適當之行政法規，并善爲運用之，實有建立行政法學，以資倡導之必要，作者學習行政法多年，有志於此，愧未能逮，甚望本書出版以後，大雅君子，不吝教正，以爲今後研究之南針，則幸何如之。

民國三十年十二月

閩侯林紀東記於重慶南溫泉寄居

第一編 行政法之基礎觀念

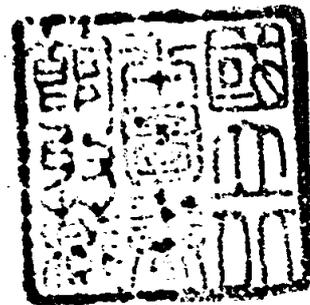
第一章 行政之概念

行政法爲關於行政之法，欲知何謂行政法，須先知何謂行政。依學者通說，行政者：立於法規之下，除民事及刑事外，爲國家之一切目的，而爲之作用也。析言之：（註一）

一 行政爲國家作用之一種，與立法司法相對稱，故人民之行爲，私團體之行爲，均不得稱爲行政。

二 行政係立於法規下之作用，是爲行政與立法之區別，蓋立法爲制定法規之作用，行政則係立於法規之下，而行之作用，立法定基準，行政依而行之，故行政行爲，不得違反法規之規定，非經法規授權，亦不得制定新的規律。（註二）

然所謂行政係立於法規下之作用，非謂行政完全不能制定新的規律。國家與人民間之意思的規律，非專依立法作用而完成之，其有待於立法與行政相倚而完成者，寧不在少，行政僅不得制定法規所未承認之新規



律耳，依照法規之所定，而完成其新規律，固為行政之主要任務也，故吾人於認識行政與立法區別之後，又有明瞭行政與法規關係之必要。

行政與法規之關係，約有下列三種：（一）為法規之執行，即法律已就人民權利義務之內容，設有抽象之規定，更依行政行為而具體適用之，由抽象之形態言，法規固已設有一定之規律，然尚未發生現實之效果，必俟行政行為將其執行，始發生現實之效果。例如人民之納稅義務，雖為租稅法規之規定，然必俟行政機關命其繳納一定之金額後，其現實義務始告完成。（二）為法規之授權，即法規僅定有規律之根據，由行政機關，依此根據，在一定之界限內，定其規律，亦即法規在一定範圍內，將規定人民權利義務之權能，授權於行政機關，行政機關於授權範圍內，依其自信為適當者，而定法的規律之情形。例如警察機關，基於法規之根據，而禁止不正之營業是也。（三）為法規之限制，即法規規定行政行為應守之準則，而使其受有一定限制之情形。如後所述，非直接拘束人民權利義務之作用，原屬於行政機關自由活動之範圍，本無由法規授權之必要，惟法規間有對於國家建築鐵路，設立學校，設立郵政局等作用，定有一定之準則者，此時行政行為即應受其限制。

三 行政係除民事及刑事外之國家作用，是為行政與司法之區別，司法包含民事作用及刑事作用，民事作用，謂維持私法關係秩序之作用，刑事作用，謂對犯罪人科以刑罰之作用，其立於法規之下，與行政無所等閒，所不同者，在於對象耳，再行政為以上率下指揮系統之國家機關，司法則為各自獨立行便職權之等格機關，故

由組織之形態言之，兩者亦相歧異也（註三）

四 茲所謂爲國家一切目的而爲之作，可大別爲二：一係以國家自身之存立及活動爲目的者，是爲「國家目的」；一係以在國內營社會生活之一般人民公共利益爲目的者，是爲「社會目的」。此二種目的，事實上固屬互相關聯，國家覆亡，社會利益固不能獨全，反之，如社會混亂，國家亦無安全之理，然由其直接目標言之，自可別爲二種目的也。

國家目的，既係以維持、發展國家自身之存立及活動爲目的，故欲達此目的，首須有完全之組織，次須與列國相交涉，三須有足以自衛之兵力，四須有支付必要費用之財力。故爲國家目的而爲之行政，又可分爲：一、組織，二、外交，三、軍政，四、財政四種。

社會目的，既係以保護營社會生活之一般人民公共利益爲目的，故又可分爲治安目的與福利目的（文化目的）二種，前者係以維持社會公共之安寧秩序爲目的，後者係以增進社會福利、開發文化爲目的。爲治安目的而爲之行政，最主要者爲警察；爲福利目的而爲之行政，最主要者爲各種公共事業（公企業）之經營、公營造物（公物）之管理，及民間事業之保護統制，惟爲福利目的而爲之行政，間有爲經營公共事業起見，而課人民以負擔者，是爲「公用負擔」。

上述之行政概念，係由傳統之三權分立論而來。我國既遵 總理遺教，創爲五權分立制度，則解釋我國之

行政，能否依照上述之概念，自有討論餘地，予採肯定說。緣我國現制之特色，為考試、監察兩權之獨立，而此兩權之獨立，純為行使權力之妥當計，初非實質上非獨立不可。由理論上言之，其實質與行政相同，蓋（一）就性質言，考監、試察與行政，同為立於法規下之作用，（二）就目的言，舉凡欲因監察制度，而期政治修明，欲因考試制度，而使人才集中，莫不出於行政之目的，（三）就組織形態言，考試機關監察機關之行使職權，雖獨立性較行政機關為強，然究係以上率下之指揮系統機關，與司法機關之各自獨立行使職權者不同。

由是觀之，考試與監察，儘可歸併於行政概念之中，故上述基於三權分立論之行政概念，在五權分立之我國現制下，亦可適用也。（註四）

第二章 行政法之概念

行政法者，關於行政權之組織及其作用之國內公法也，析言之：

一 行政法為關於行政權之組織及其作用之法 行政法，可分為行政組織法及行政作用法二部，前者規定行政機關之組織權限，即行政權應由何種機關行使？該機關之組織如何？後者則規定行政機關與人民之關係，即行政機關如何乃能授與人民權利？限制人民權利？或使人民負擔義務之規定。在昔專制時代，行政作用，由於行政機關之專斷，無必須遵守之一定準則，殆無行政作用法之存在，縱令有其準則，亦僅止於職務上之訓

令，在對人民關係上並無拘束力，不具法規之性質，故不能稱爲行政作用法。現代各國法律，則不以行政作用，委諸行政機關之專斷，行政作用，對於人民所得賦課之負擔，或得以授與人民之權利，均由法規規定以應守之準則。此種準則，不僅爲行政組織內部之職務命令，且對人民發生效力，行政機關，於對人民之關係上，受其拘束，是卽行政作用法，而爲現代行政法中最重要之部分。

行政法因係關於行政權之法，以行政權爲中心觀念，故與以國家基本組織爲中心觀念之憲法，及以司法權爲中心觀念之司法法（如法院組織法，民事訴訟法）均有區別，並有關係。就行政法與憲法之區別及關係言之，憲法爲關於國家基本組織及其作用之法，行政法則爲關於行政之法，憲法所規定者，不僅爲立法機關之組織及作用，且規定司法及行政之基礎法則。在其規定行政基礎法則之限度內，憲法與行政法並無明證之界限。行政法，蓋係立於憲法基礎之上，以憲法所定之原則爲基礎，而定其詳細規律者也。學者有謂二者有明顯之界限者，其說殊難贊同。

再就行政法與司法法之區別及其關係言之，司法法爲關於民事及刑事之法，行政法則爲關於行政之法，民事法多爲私法，與具有公法性質之行政法，固有明顯之區別。他如司法法中之刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、破產法、和議法、法院組織法、監獄法等，固係公法，然皆係關於司法權之組織及其作用之法，與行政法仍不相同。惟行政法與刑法，具有密切之關係，卽國家對於違反行政法規者，多定有刑罰之制裁，此等附隨於行政法規之

罰則，由其制裁之形態言，固為刑法，由其科以制裁之原因言，則為行政法，故稱為行政犯罪或行政刑罰。此類關於行政犯罪或行政刑罰之法規，同時具有行政法與刑法之性質。

二 行政法為國內法 國內法與國際法不同，前者以規律一國之內部關係為目的，後者以規律一國與他國之外部關係為本旨。行政法以規律國家行政機關之組織權限，及其與人民之關係為本旨，其為國內法之一，固不容疑。然國際法與行政法，亦非毫無關係。適以交通發達，國與國間之關係，日見繁密，一國之行政措施，常影響於他國商民之利害，他國不能無所關心。他如保護勞動者，畫一度量衡，保護著作權，禁止人口販賣等，有關列國公益之事項，尤有締結條約，互相協力之必要。此類國際公約，既因其為國與國之約定，而有國際法之性質，復因其為國內行政設施之準則，而具行政法之性質，故學者稱之為「國際行政法」焉。

三 行政法為公法 公法與私法不同，前者為規律國家與公共團體間之關係，或國家、公共團體與私人關係之法律，後者為規律私人相互間關係之法律。行政法為規律國家之行政機關與公共團體或人民間關係之法律，故行政法為公法。

關於公法與私法之區別，學說紛紜，迄未一致。為闡明行政法之性質起見，有略加檢討之必要。(一)有謂公法與私法之區別，在於一為權力關係之法，一為平等關係之法者。此說殊不當，蓋公法中之國際公法，其為規定對等國家相互間之關係，固不待論。即在國內公法中，國家與人民之關係，或公共團體與所屬團體員之關係，亦

未必全爲權力關係。蓋國家除以權力支配人民外，恆自爲大企業者，以經營公共利益之事業，或爲公共設備等非權力之設施，此時國家與人民之關係，自不能視爲權力者與服從者。至於公共團體，僅在極有限之範圍內，行使權力，其主要之任務，並非權力之行使，而爲各種公共事業之經營，其與所屬團體員之關係，更不能純以權力者與服從者之關係目之。(二)有謂公法與私法之區別，在於一爲公益之法，一爲私益之法者。此說亦屬不當。蓋公法所以保護私益爲主要目的者有之，如刑法中關於侵害個人法益之規定，及民事訴訟法之規定是；私法中保護公益之規定，亦屬不少，如民法第七十二條，「法律行爲，有背於公共秩序或善良風俗者無效」之規定是也。

考一般學者之誤，在於過於重視公法與私法之區別，蓋公法與私法，固因主體之不同，而有異其原理之處，然如以二者完全異其性質，殊其原理，察其異而忽其同，則亦失之太過。誠以在昔專制時代，行政權與人民之關係，固爲純粹之權力服從關係，然在現代法治主義時代，行政權主體，僅能依照法規之規定，對人民主張其權利，人民亦有依照法規，對抗行政機關行爲之權利。國家與人民之關係，並非權力服從關係，而係法規所規律之權利義務關係，與私人相互間之關係，初無所異，是故公法原理與私法原理，相似者甚多，法學上各種觀念，爲公法私法所共通者，亦屬不少，如意思表示，法律行爲，契約，法人，代理，時效，條件，債權，物權，所有權，不當得利，損害賠償，無因管理皆是也。故今後研究行政法者，宜知公法在何種限度內，與私法適用其通之原理，又在何種限度內異

其適用之原理，則於歷久不決之公私法區別問題，庶幾得獲正當之認識矣（參看本編第六章）（註五）（註六）

第三章 行政法之史的發展

法律爲社會規範，因社會之需要而發生，從社會之變遷而變遷，行政法爲法律之一，自亦如是。抑以其與國家政治關係密切之故，故每因國家目的之變動，而生變動。茲循國家目的變動之跡，略論行政法之史的發展於次。

（甲）警察國與行政法 所謂警察國，係泛指爲人民謀福利之國家而言，非僅指以警察爲任務之國家而言，警察國承封建制度崩潰以後，依商業資本之發達而成立，因對內求統一，對外求獨立之需要，自不能不伸張國家權力，限制個人自由。於是在「國家目的，在爲人民謀福利」之口實之下，干涉個人自由，無所不至，凡百庶政，無不可以行政官吏之專恣出之。在此朕即國家之時代，自無所謂行政法，是爲行政法之前史時代。（註七）

（乙）法治國與行政法 法治國發生於工業革命以後。緣工業革命以後，資本主義發達，因國家干涉之不利，而以自由競爭之爲便也，乃有自由主義思想，復因而生法治主義思想及權力分立論，而完成法治國之形態。茲分述之。

自由主義者謂：「國家非出於萬不得已，對於個人之事，絕不應加以干涉；個人事件，應絕對放任個人處理，

因個人對於自己幸福，爲最善之判斷者。」法治主義者謂：「經議會通過之法律，應有限制行政機關行動之優越的權力，俾國家行政，根據法律之規定，以防止行政機關之專制，保護人民之自由，是即實行法治主義。」而法治主義，又以權力分立爲前提，蓋必立法行政司法各自分立，互相制衡，法治主義乃告完成，而立法司法與行政之分立，則權力分立論致之也。

依上所述，法治國之意義，乃得大明。蓋法治國對於警察國而言，謂凡百庶政，不應以行政官吏個人之意思出之，而應以法爲治，即人民之自由及其他權利，由法律保障之，人民之義務，由法律規定之，行政機關非根據法律，不得漫加限制，應放任個人之自由，此種爲行政機關施政根據之法律，即爲行政法，故行政法誕生於法治國時代（參看本編第四章）。

法治國時代之行政法現象，略有下列五端。

一 行政爭訟制度之成立 法治國之行政行爲，首須合乎法規，而在法規之範圍內，又須合於公益，始足貫徹以法爲治之本旨。然人非聖賢，孰能無過。以近世行政作用範圍之廣，法規之繁，行政機關爲行政行爲時，難免有違反法規妨礙公益之情事，而致損害人民之權利或利益。倘無救濟之方，固不足以維護法規之尊嚴，亦無以保障人民之權益。故法治國家，咸許人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致其權利或利益受損害時，依訴願法或行政訴訟法之規定，分別向其上級官署或行政法院等機關，提起訴願或行政訴訟，請求撤銷，變更

原處分或原決定，以資救濟。我國訓政時期約法第二十二條規定：「人民，依法律有提起訴願及行政訴訟之權。」蓋亦基於同一理由者也（詳見本書第四編行政爭訟法）。

二 私有財產制度之確立 私有財產制度之發生，原不始於法治國時代，然私有財產獲得法律上確切之保障，誠自治國始。蓋一般法治國家，咸以資本主義經濟為其社會組織之基礎，而資本主義經濟，固以私有財產為其中心觀念者也。是故昔日各國憲法，多有「人民之財產權為不可侵犯」一類之規定，以防止行政機關之肆意侵害焉。且此類規定，尤不僅消極的防止侵害而已，且含有交易自由，使用自由，繼承自由等積極之意義，以獎勵自由競爭，而期產業之發達。

三 門閥政治之禁止職業自由之承認 在昔封建時代，盛行門閥政治，政治為特權階級所把持，父終子及，世世相傳。農工商各階級，咸無參加公務之機會。且農之子恆為農，工之子恆為工，並選擇職業之自由而無之。此種不問個人之智愚賢不肖，純依先天血統關係，以決定其社會地位之制度，不特有悖於全民平等民主政治之義，亦與自由競爭之原則不合，故法治國家成立以後，即打破此種階級專制與職業世襲之制度，而於憲法中明認人民法律上地位之平等，及其選擇職業之自由焉。

四 行政法規之詳密化 近世產業發達，文化進步，行政事務日繁，範圍日廣，倘行政法規過於簡約，不足以適應實際之需要，則法之執行將因人而異，行政機關，隨時有專擅之虞，殊有悖於以法為治之義。故法治國家

不僅有行政法規之存在，且復力求其詳密化，儘力減少行政機關自由裁量之餘地，以貫徹法治主義之精神。

五 人民對行政機關有控制之權。在昔專制時代，人民爲純粹之被治者，生殺予奪，悉聽官吏，並其個人之人格權而不能自保，其他更遑論矣。然在法治國家，則力排專制時代之弊政，以民治、民有、民享爲依歸，欲求此種理想之實現，自應使人民對行政機關之施政，有相當之控制能力，庶控馭自如，一切行政措施悉能合於國民之企望。故一般法治國家，咸認人民有選舉議員之權，假手此輩議員，以監督行政機關之措施，其較進步者則實行直接民主制，與人民以創制、罷免、複決等權力，以直接控制行政機關焉。

(丙) 社會國與行政法。法治國以保障個人利益爲職志，持自由放任之政策，遂使資本主義經濟有迅速之發展，而入於獨占資本之階段，於是財富集中一隅，形成貧富懸隔之偏畸現象，且因經濟地位不平等之結果，致社會諸分子間，有少數人之自由，而無多數人之自由，空言平等，而無實際之平等。

爲糾正此弊，於是國家出以壓制強者，扶助弱者，以助其社會地位之向上，經濟生活之安全，而謀全社會之福利。此種以謀全社會福利爲職志之國家，卽爲社會國。

社會國與法治國既殊其目的，社會國時代之行政法現象，與法治國時代，亦自不同，舉其要者，約有下列三端：

一 土地所有權之限制。土地所有權爲少數人所操縱，以收取不當利得，爲造成經濟地位不平等之主

要原因，故社會國威制定土地法、土地徵用法、地價稅法等法規，以限制土地所有權之享有，使用與收益。我國土地法第七條規定：「中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體」之原則，並於第十四條及第十五條規定：地方政府對於私有土地，得斟酌地方需要，土地種類，土地性質等情形，分別限制個人或團體所有土地面積之最高額，並限令於一定期間內，將額外土地分割出賣；更於第三百零九條，規定土地增值稅之累進稅率，即其適例。

二 對於公共事業之獨占與監督 電燈、電話、自來水、電車、汽車等與人民日常生活有關之事業，苟任諸私人經營，不特可以任意高下其手，違反社會公益，亦且易獲巨利，造成貧富偏畸之現象，故原則上應由國家經營，以維護一般消費者之利益，防止獨占資本之形成。即令因事實困難，一時未獲全由國家獨占經營，亦應由國家行政機關，基於公經濟之立場，加以適宜之監督與調整，藉以防患弊害於未然。是故近年各國法律，多有公共事業由國家獨占經營，或由國家機關加以嚴密監督之規定。我國礦業法、民營公用事業監督條例等，亦頗多此類之規定焉。

三 團體監護主義之行政法設施 法治國家，以「最善政府最少統治」為施政之南針，故採放任主義，社會國家，為糾正法治國家之流弊而起，故一反其道而行之，以「最善政府最大統治」為南針，故採干涉政策，以團體之力量，保護經濟上之弱者，以助其地位之向上，經濟生活之安全，即所謂團體監護主義者是也。此種團體監

護主義之見於行政法者，爲社會保險法、勞動保護法、貧民保護法、少年法（不良少年之矯正與感化）等法律之制定與施行。我國工廠法中，對於工作時間、休息、休假、工資及工作契約、工人福利、工廠安全與衛生設備，以及童工、女工等，均設有詳密之規定，並對於違背此類規定之廠主，科以相當之罰金，蓋亦基於團體監護主義之精神者也。

（丁）民族國與行政法 社會國之行政法，並非根本放棄法治主義，不過略加修正或限制而已，根本廢棄法治主義者，爲民族國。民族國起於受外力壓迫之國家，以發揚民族精神，提高民族地位爲職志，因欲達此目的，不能不擴張國家權力，實行領袖獨裁，限制個人自由，推翻法律束縛，其最著之例，卽爲意大利與德國。

意大利首相莫索里尼之言曰：「事事在國家之內，無事在國家之外，無事爲國家之敵（Every thing in the state, nothing without the state, nothing against the state）」其國權龐大無垠，毫不重視個人自由之情形，可以概見。且其立法原則，由法西斯大評議會決定，非得首相同意，任何法案，均不得提出於上下兩院，司法官之不與政府合作者，復可隨時罷免。故不特自由主義與法治主義，已不復見於意大利，權力分立之原則，亦已打破無遺，與一般之法治國家，適成對照。至於希特勒治下之德國，其爲實行極權政治之民族國，視意大利猶有過之，則爲周知之事實，可無多論。

德、意等民族國，雖亦有無數之行政法規在，然其行政法規，純由行政機關制定，爲行政當局意思之表徵，與

行政法之固有精神，自相懸殊。（註八）

第四章 行政法之基本法則

在昔警察國時代，人民對於官吏之命令，殆居於絕對服從之地位，彼時行政權雖非毫無限制，規定行政作用準則之法令，亦不在少，官吏且受長官訓令之拘束。然彼時法令與訓令，並無明顯之區別，即令官吏違反法令，亦僅對其長官負責而已，人民並無控訴之權利，且在法令未設規定之範圍內，官吏得依其一己之判斷，而命令人民遵守之。

反之，在法治國時代，則以法治主義為原則，所謂法治主義，即係以法為治之主義，有如前述。故在法治主義之下，不僅司法權之行使，應依照法律為之，行政權亦應依照法律而行使，人民對於行政權之關係，非絕對服從關係，而為法律所規律之關係。故行政官吏，僅能依照法律之規定，而要求人民服從之，若其作用違反法律，則不僅應對長官負責，同時亦為對人民之不法行為，人民有依法律所定，提起控訴之權利，即令在法律所未規定之範圍內，官吏亦非得以任意下令，寧以不得妄下何種命令為原則，對於人民之權利義務，欲加以變動時，原則上亦僅能依照法律為之。（註九）

準上所述，可知在法治國時代，行政權之作用，應受左列之限制，而此種限制，亦即現代行政法之基本原則。

也。

一 行政權之作用不得與法規相抵觸。不問法規規定之形式如何（法律、條約或命令）均有拘束行政權之效力，行政作用不得違反法規，有如前述。故法規對於一切行政作用，均有其不可侵犯之限界，此不僅法律或上級機關之命令爲然，即令係行政機關之命令，除以同一形式變更者外，亦不得以行政作用爲與其相抵觸之行爲。

法規與長官之訓令不同，以對於國家及人民兩方，均有拘束力爲原則。故行政機關對於人民，受有應遵守法規之拘束，人民對於國家之行政作用，有要求依照法規而行之權利，爲求此種權利之實現起見，故有行政裁判制度之成立，警行政作用違反法規時，人民有提起行政訴訟，而請求矯正之權利。

二 行政權非有法規根據不得使人民負擔義務或侵害其權利。近世法治主義之原則，在於人民對國家之服從義務，概爲國法所規定，除國法有規定者外，不得以國家之權力，限制人民之自由，或侵害其權利，如訓政時期約法第八條：「人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰」，及第二十五條：「人民依法律有納稅之義務」之規定是也。基此原則之結果，故一旦因行政權之行爲，爲人民設定權利，或免除其義務以後，行政權自身，亦受其拘束，非依法規之根據，不得將其撤銷。蓋以如在設定權利免除義務後，將其撤銷，不啻侵害其權利，或使其負擔義務故也（關於行政行爲之撤銷，參看本書第三編第七章）。

三、行政權非有法規根據不得免除特定人在法規上所應負擔之義務或為特定人設定權利。法規命一般人民負擔之義務，行政機關有依而執行之必要，除法規認其有免除特定人義務之權限外，行政權不得任意免除其義務。蓋在私人相互關係，私人雖得任意拋棄一己之權利，然在國家與人民之關係上，則國家權利之拋棄，僅得由立法機關為之，不屬於行政權自由裁量之範圍，蓋以法規應在同一情形下為同一之執行，倘任意免除特定人在法規上所應負擔之義務，不啻拒絕法規之執行故也。

又如無法規根據，而為特定人設定權利時，亦屬違法之行為，蓋人民僅得依照法規之規定，而享有權利，法規之規定，應對人民平等適用，如為特定人設定法規所未認許之權利，殊違反法律之前人人平等之原則，故此項措置，不屬於行政權之範圍。

四、法規任諸行政權之自由裁量時，其裁量權之界限及內容應受法規之限制。所有行政作用，雖均受法規之拘束，然法規之規定，未必纖細匪遺，寧多在某範圍內，由行政機關自由判斷，而自為適當之處置者，是為行政權之自由裁量。然行政權之自由裁量，在下列兩點上，尚受法規之限制。一為關於裁量界限之限制，一為關於裁量內容之限制。

(子)行政權之自由裁量，常為在法規範圍內之裁量，不得超越法規所定之界限，如超越其界限，則為裁量權之超過，不免為違法行為。

(丑)關於自由裁量之內容，又有區別爲兩種情形之必要：(1)一爲在成文法規之明文上，雖任諸行政機關之自由判斷，然行政機關之判斷，尙受不文法規定之拘束，是爲法規裁量，使人民負擔義務或侵害其權利時屬之。蓋以限制人民之自由及權利，僅以公益上有限制之必要時爲限，爲近世國法上之原則，故如不基於公益上之必要，而加以限制，爲國法所不許。故此時自由裁量之內容，僅爲在公益上，有加以何種限制之必要而已，如認定錯誤，而加以不必要之限制，則爲裁量權之誤用，不免爲違法行爲。(2)一爲不僅在成文法規之明文上，任諸行政機關之自由判斷，且亦無不文法之拘束，行政機關，得就其自認爲適當者，而決定之情形，是爲便宜裁量，亦即真正意義之自由裁量，爲人民設定權利，或與以利益之行爲屬之。蓋以人民除有特別之成文法規規定外，原則上無要求與以權利或利益之權故也。此外，與人民權利義務無直接關係之行爲，當然屬於行政權之範圍，除有成文法規之限制外，自應由其自由裁量。在便宜裁量範圍內，如裁量有誤，亦僅爲公益上不適當之行爲而已，並非違法之行爲。(註一〇)

第五章 行政法之法源

(甲)一般理論 法源謂法律構成之淵源。行政法之法源云者，謂行政法係由何種因素構成者也。如上所述，行政法之發生，由於法治主義思想，而遵奉法律保留之原則，故行政法亦如刑法上之罪刑法定主義然，以成

文法（立法機關所制定之法律，而以條文形式表現之者）爲其最主要之法源，此在學理上，名爲行政法之成文法主義。然社會現象至爲複雜，行政之對象，極爲廣泛，成文法之規定，勢難盡備，故於成文法外，又有習慣法（非由於立法機關制定，因事實上慣行歷久，而使一般獲得法之確信者）之存在。抑因行政法並無統一之法典，統一之原則，僅賴習慣法之補充，尤不足以資應付，故有時尙俟條理以解決之（條理非由於立法機關所制定，亦非因事實上之慣行而成立，惟由於人類之推理心，如正義意識，自然條理，立國主義等，而獲得法之效力）。要之，行政法之法源爲成文法習慣法與條理三者（註一一）

（乙）中國行政法之法源 中國行政法之法源，略有下列六種：（註一二）

一 根本法 訓政時期約法，關於行政組織及人民權利義務之規定，及國民政府組織法，關於行政組織之規定。

二 法律及命令 法律，指經立法院三讀通過由國民政府公布者而言（法規制定標準法第一條），命令包含府令、院令、部會令、省市令、廳令、縣令、局令各種。

三 條約 如關稅條約、通商條約、工業所有權條約是（註一三）

四 地方自治法規 如鄉鎮自治公約是（註一四）

五 習慣法 包含判例法、行政先例法、民間習慣法等（註一五）

六 條理 卽上述由於人民之推理心，如正義意識，自然條理，立國主義等，而獲得法之效力者。

第六章 行政法上之法律關係（行政法關係）

第一節 行政法關係之特質

法律關係，謂當事人之一方，對於他方享有權利，他方從而應負義務之權利義務關係也。如上所述，行政法爲公法，故其法律關係，亦與一般私法不同，而具公法之特徵，其特徵略有下列數種：

一 權利義務之相對性 就私法觀念言，權利與義務，爲對待之名詞，一方享權利，他方即負義務，一方之所得，卽他方之所失，如債權、債務關係是也。行政法上之權利義務，則咸有相對性，權利中含有義務，義務中含有權利，其權利，非必純爲權利主體之利益，其義務，亦非必純爲相對人之損失，蓋行政法爲公法，規律團體與其構成分子之關係，而團體與其構成分子之利益，誠相共通，而不能絕對分離者也。故如人民之參政權，公務員之受俸權，人民之應考權，及國家之警察權、刑罰權、財政權、軍政權等，均爲相對性之權利。（註一六）

行政法上之權利，因具有相對性之結果，故於下列二點，與私法上權利異其法律上之原則。

子 不能拋棄 私法上之權利，係爲當事人自身利益而存在，故或留或棄，均無不可；行政法上之權利，則與社會公益有關，故原則上不能拋棄。如國家之警察權等，固屬不能拋棄。私人之行政訴訟權等，縱能不行使，亦不能拋棄也。

丑 不能移轉 私法上之權利，不置重於其歸屬之主體，故原則上可以移轉，反之，公法上之權利，則置重於其歸屬之主體，蓋惟屬於該主體，乃能合於公益，故原則上不能移轉也。

二 國家意思之公定力 國家意思之公定力，謂在行政法關係上，國家機關之意思行爲，對於該法律關係，有決定之效力，除有正當權限之機關，將其撤銷或確定其無效外，常受適法之推定，相對人不能自行否認其效力，是亦公法與私法區別之一要點。蓋在私法關係兩方當事人間有對等之意思力，故私法關係之爭執，必待民事裁判之確定，而公法關係，國家則可確定於先，人民亦不能不先服從之，僅能以行政爭訟，爲事後救濟之手段耳。（註一七）

三 國家意思之強制力 私人對私人之權利，於其違反義務或不履行義務時，除提起民事訴訟，請求國家保護外，別無他法；國家對人民之權利，則具有強制力，此於下列兩種情形見之：

子 義務違反時之制裁 私法上義務之違反，即義務人構成不法行爲時，權利人僅能請求損害賠償，如對方不允賠償損害，則惟有請求國家之保護，以實現其要求；行政法上之義務則不然，國家得以一己之強制力，

以制裁違反義務者，此證諸私法上勞務義務違反與公務員懲戒之不同，可以知矣。

丑 義務不履行時之強制執行 私法上義務不履行時，權利人不能以自力救濟，如義務人迭經催告，仍不履行時，惟有請求國家之強制執行，反之，公法上義務不履行時，國家得逕行強制執行之。

四 行政法關係爭訟手段之特異 私法關係之爭訟，概得提起民事訴訟，請求普通法院裁判，行政法關係則不然，人民如因行政機關之違法或不當處分，損害其權利或利益者，僅得向其上級機關提起訴願，再訴願，經裁決不服，而屬於違法及損害權利問題者，始得再向行政法院提起行政訴訟。故就行政法關係之爭訟手段言，亦與私法關係不同也。（參看本書第四篇。）

第二節 行政法關係之當事人

法律關係爲人與人間之關係，故各種法律關係，咸有一定之當事人，如債務關係上之債權人與債務人，繼承關係上之繼承人與被繼承人，是行政法關係爲法律關係之一，自亦如是，其當事人略有下列五者。

一 國家 如上所述，行政法爲公法，行政法關係，即爲國家與其所屬人民之關係，故國家爲行政法上最主要之當事人。國家之行爲，咸由主管官署代表之，如受違警處分者與警察官署之關係，徵兵適格者與徵兵官署之關係，納稅者與稅務機關之關係等皆是。

二 公共團體 公共團體，謂為達國家目的，而存立之團體，如地方自治團體，即其最著之例。國家為使地方政治平均發達，及鍛練人民參政能力，以樹立立憲基礎等目的起見，特允許地方自治，並賦與地方自治團體以國家之權力。故地方自治團體，於其存立目的之範圍內，上對國家，下對其所屬人民，均發生法律關係，此種法律關係，多為行政法關係，故地方自治團體等公共團體，亦為行政法關係之當事人。

三 其他授與國家之公權者 除公共團體外，國家有時因達其行政上目的之必要，而授與私法人或一私人以國家之權力，此種獲有公權力之私法人或私人，在其權力範圍內，與他人發生之關係，為行政法關係，故亦為行政法關係之當事人，如私立大學之授與畢業生以學位是也。

四 自然人 國家之行政行為，恆以自然人為其相對人，是自然人之為行政法關係之當事人，極為明瞭，無俟贅述，茲有應研究者，即行政法並無統一之法典，缺乏總則之規定，關於自然人之權利能力，行為能力及住所各點，能否準用民法總則編之規定是也。（甲）就權利能力言，民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡，」無所差別，行政法上之權利能力，則恆因年齡、籍貫、受刑罰之結果等，而有歧異。（乙）就行為能力言，民法上有所謂無行為能力人，及限制行為能力人，前者之意思表示絕對無效，後者則應得法定代理人之同意，始生效力（參看民法第十三條第七五條至第七九條），在行政法上，無行為能力人之行為，固亦無效，限制行為能力人之行為，則無論已得法定代理人同意與否，應解為有效。（丙）就住所言，民法第二十條規定：「以常住之

意思，住於一定地域者，即爲設定住所於該地，「即以常住之意思，與現在住居之事實二者，爲決定住所之標準，此種規定，可準用於行政法。」

五 私法人 私法人與自然人，同爲私法關係之當事人，得爲私法上權利義務之主體，自然人既爲行政法關係之當事人，私法人自亦無所差異，惟私法人因性質所限，凡以肉體及精神爲要素之權利義務，私法人不得享有或不必負擔，故私法人無參政權，亦不負擔兵役義務，至於訴訟權及納稅義務，私法人亦享有或負擔之。

第三節 行政法關係之內容

行政法關係，成爲不對等關係，即國家及公共團體，較諸私人及私法人，有優越之意思力，私人及私法人，在行政法上之地位，亦較國家及公共團體爲遜，已如本章第一節所述。職是之故，行政法上之權利義務，亦因其主體之爲何者，而異其種類，茲分爲國家之公權，人民之公權，及公義務三項，析述於次：

(甲) 國家之公權 國家之公權，指國家自身之公權，及公共團體與其他授與國家之公權者，於其存立目的範圍內，所享有之公權而言，略可分爲下列四種：(註十八)

一 下命權 下命權，謂要求相對人爲特定作爲，不作爲之權利，如徵兵納稅是，就其以得以請求某事爲

內容而言，與私法上之債權相似，惟其請求不須相對人之同意，純出於一方之命令，且具有強制力，於相對人不履行時，得以實力強制其履行，故與私法上之債權相似而實不同。

因下命權之結果，相對人負有遵山之義務，即應依其內容，負有爲某事或不爲某事之公法上義務，違反或不履行其義務時，應受制裁或強制執行。

二 強制權 強制權，謂以強力加害相對人之身體、或財產之權利，如逮捕、監禁、扣押財產、折毀危險之建築物等是。在私人與私人之關係上，除緊急不得已時之正當防衛或緊急避難外，不許加害於他人之身體或財產，反之，在國家機關與人民之關係上，苟國家機關具備一定之要件，即得爲之，此蓋國家公權最著之特色也。（參看刑法第二三條第二四條）。

因強制權之結果，相對人負有容忍之義務，不許抵抗，如加抵抗，即構成刑法上之妨害公務罪（參看刑法第一三五條）。

三 形成權 形成權，謂爲他人形成法律上之力，或參與其形成之權，如公務員之任用，自治團體之設立是，其效果在於形成某種法律上之力。

四 公法上物權 公法上物權，謂固定存在於特定有體物，且得以對抗世人之公法上權利。此種權利，以固定存在於有體物上，及得以對抗世人二點，爲其特質，可分爲相當於所有權之公法上物權，相當於使用物權

或制限物權之公法上物權，及相當於擔保物權之公法上物權三種（註一九）

子 相當於所有權之公法上物權，如國家在海及河川上所有之權利是。海及河川在私有財產制之外，不能為私法上之所有物，然此並非無主物，而屬於國家之所有，國家於此具有使用收益處分之權利，得禁止人民使用，並得允許特定人使用，即國家於此具有可以任意支配，並得對抗世人之權利，與私法上之所有權同。他如國家對於礦產所有之權利，亦其適例。

丑 相當於使用物權或制限物權之公法上物權。前者謂國家為達到公共目的，而使用他人所有物之權利，如土地所有人保留其所有權，而允諾國家於若干年內，將其土地供道路之用是；後者謂國家為保全公共利益，而限制私人所有權自由行使之權利，如國家將私人所有之土地物件列為要塞地帶，保安林及史蹟名勝之時是也。

寅 相當於擔保物權之公法上物權。擔保物權謂債權人對於債務人之所有物所具之抵押權、質權及留置權。當私人欠繳租稅之時，國家對於其所有物，亦往往有此種權利，即得將其所有權扣留，以為租稅之擔保，故學者仿用私法上名詞，稱之為公法上擔保物權。

上述各種權利，就其內容而論，與私法上物權，完全相同。惟因其權利之作用，所基之目的，或其所擔保之權，係公法的，故具有公法之特徵。

(乙)人民之公權 人民之公權，指人民對於國家及公共團體，所有之公法上權利而言。人民之公權，由其在公生活上所處之地位而生，故欲知人民公權之內容，宜先知人民在公生活上所處之地位。依日本學者織田萬氏之說，人民在公生活上所處之地位，略有四種，即被動的地位，消極的地位，積極的地位及自動的地位是也。被動的地位，謂人民完全受國家支配，不得爲任何主張之地位，此時人民僅爲義務之主體，無公權之可言，消極之地位，謂人民在某範圍內，得以獨立自由，不受國權之干涉，對於非法干涉，且得進而控訴之地位。積極之地位，謂人民得因其自己利益，請求國家爲某種行爲之地位。自動之地位，謂人民以構成國家一分子之資格，而參加國權行使之地位，人民由於消極地位而獲自由權，由於積極地位而獲受益權，復由於自動地位而獲參政權。茲所謂人民之公權，即不外自由權、受益權及參政權三者，以次分述之。

一 自由權 自由權，謂要求行政機關，非依法律，不得侵害人民自由之權利，如訓政時期約法第十四條規定：「人民有集會結社之自由，非依法律不得停止或限制之。」即係保障人民自由權之規定。自由權僅以消極的拒絕行政機關之非法行動，爲其惟一之內容，並無積極之內容，是爲其與其他權利不同之點，故有稱之爲消極之公權者。

各國憲法，對於人民各種主要之自由權，咸爲列舉之保障規定，以爲其他自由權之例。學者因謂飲食眠起等權利，原爲人民天賦之權利，憲法規定不過重加確認，並以防止行政機關之專橫而已。此種見解，雖不免囿於

天賦人權之陳說，然頗能說明自由權之性質，亦足以供參考也。

二 受益權 受益權，謂人民爲其自己之利益，而請求國家爲行爲之權利。受益權，以由國家獲得某種積極利益爲內容，故又稱爲積極之公權。受益權之種類甚多，略可分爲下列六種：(1) 要求爲特定行政行爲之權利，如行政訴訟權、訴願權是。(2) 營造物利用權，如入公立學校求學之權利，入公立傳染病醫院受診之權利是。(3) 公物使用權，如公有之山林採伐權，公有水井之汲水權是。(4) 特許企業權，如請求開礦之權利是。(5) 公法上之金錢請求權，如公務員領取俸給之權利是。(6) 公法上之榮譽權，如保有學位勳章之權利是。(註二〇)

三 參政權 參政權，謂參加國權行使之權利，如鄉鎮公民，對於鄉鎮公所職員所有之權利是也。參政權不僅爲個人利益而存在，且係爲公益而存在，爲相對性權利之最著者，故法國學者狄驥 (Leon Duguit) 等多認其爲一種義務，而否認其權利之性質。惟參政之兼爲公益而存在，係公權相對性之當然結果，在強制投票尙未普遍採用之今日，認其爲權利，似較允當。

(丙) 公義務 (公法上之義務) 權利與義務，爲對待之名詞，國家及人民，在公法關係上，既享有一定之權利，自亦負有相當之義務。就國家之義務言，對於自由權，有不得違法侵害之義務，對於受益權，有作爲之義務，對於參政權，有承認其權利，並不得加以違法侵害之義務，再就人民之義務言，對於國家之下命權等，分別負有遵從或容忍之義務。關於此點，可參照公權之說明，茲不贅述。

第四節 行政法上之特別權力關係

行政法上之特別權力關係，謂基於特別之法律原因，當事人之一方對於相對人，在一定範圍內，有命令強制之權利，相對人從而負有服從義務之法律關係也。其特質，在基於特別之法律原因，及權力服從關係二點。惟其基於特別之法律原因，故與一般人民在國法上應負之義務不同，又惟其係權力服從關係，故與私法上之法律關係亦復有異（註二一）

行政法上之特別權力關係，種類甚多。就其成立之原因言，有由於兩方當事人之自由合意者，如公務員之任用是，有由於附義務之合意者，如自治團體公吏之選任是，有基於國家單獨之意思者，如授與自治團體以國之公權是，再就其關係之性質言之，又可分為公法上之勤務關係，公法上之營造物利用關係，及公法上特別監督關係等三種，國家與公務員之關係，為第一種之例，公立學校學生，與學校當局之關係，為第二種之例，國家與地方自治團體之關係，則第三種之例也，其中尤以第三種為最重要，爰為申論於次：

公法上之特別監督關係，謂對於與國家立於特別關係之下，而以補助實行國家之公益為目的者，國家為使其目的無誤起見，所加之監督也，因其與由於一般統治關係所生之監督不同，故稱為特別監督關係，其實例略有下列四種。

一 國家與公共團體之特別監督關係 如上所述，公共團體，係為達國家目的而存立之團體，則國家為使其克達目的起見，加以特別監督，自屬事理所當然。

二 國家與特許企業者之特別監督關係 特許企業，原為應由國家經營之企業，今許特定人為之，其事業之成就與否，與國家利益有關，故應加以監督。

三 國家與受國家事務委任者之特別監督關係 國家以其事務，委於特定之團體或個人，自亦應加以監督，以期完妥。

四 國家與受其特別保護者之特別監督關係 如國家對於受其補助之私立大學之監督是。行政法上特別權力關係之限界如何？因其成立之原因而異。倘其權力關係之成立，由於當事人之合意，則除法律另有規定外，以其所承諾之範圍為限；倘其成立，由於法律之規定，則其限界，應從法律之所定。

特別權力關係一旦成立，權利人在其權力範圍內，有包括之下命權，此種下命，因其所基權力，具有公法性質，故為公法行為，不能以民事訴訟為爭訟手段，在採限制行政訴訟事項之國家，且不許其提起行政訴訟，以擁護特別權力關係之秩序，又當義務人違反義務時，權利人為保持權力關係之秩序計，對於違反義務者有處罰權，此種處罰，謂之懲戒罰。懲戒罰惟在特別權力關係之範圍內，始有效力，就其為由於特別權力關係而科罰言，與基於一般關係所加之處罰有別（關於懲戒罰與刑罰之區別詳見本書第二編第三章第五節甲項）。

第二編 行政組織法

第一章 行政組織法總論

第一節 行政機關

(甲)行政機關之概念

機關爲生物之構成要素，所以保存生物之生命，並促進其發達者也。自然人之有耳目手足等機關無論耳，卽以法人而論，因近世法人實在說昌明之結果，學者咸認法人有法律上之人格，以各種機關爲其法律生命之構成要素，行使一定之職能，以代表法人之人格。國家爲法人之一，其有一定之機關，以行使國家之職權，自無疑義。

國家機關之種類甚多，其成爲行政法學上之問題者，厥爲行政機關，然則行政機關之意義維何？曰：某特定

人，在法律上，立於得代國家而為行政行為之地位，其行為，具有作為國家行為之效力時，該特定人，即為國家之行政機關。易言之，行政機關者，國家構成之一部，所以表現國家之行政行為者也，惟其具有表現國家行為之權能，故與一般人民不同；又惟其係表現國家之行政行為，故與表現國家立法行為之立法機關，及與表現國家司法行為之司法機關，亦不相同。

茲有應注意者，立於機關地位之特定人行為之結果，不及於該特定人自身，而歸屬於其所代表之國家，蓋此時法律關係之主體，為國家，而非立於國家機關地位之該特定人，該特定人，在作為國家機關之立場上，並無人格故也。因之，該特定人所為之意思表示，在法律上，有拘束國家之效力，其與國家之關係，表面上與私法上之代理關係相似。然私法上之代理，為二人格者間之關係，代理人與被代理人之間，發生一定之法律關係，而國家機關與國家之法律上人格，則混而為一，其相互間，無法律關係之可言，與私法上代理之情形不同，蓋國家機關並非代理國家之行為，而僅表現國家之行為故也。

(乙) 行政機關之種類

行政機關，略有下列五種：

一 行政官署 行政官署者，隸屬於行政首長之下，就一定之事務，有決定並表示國家意思於外部之權限之機關也。行政院院長，各部部长，各廳廳長，各省市市長，各縣縣長等皆是。行政官署，為行政機關之最要者，亦

爲行政組織法之主要對象，當於次節詳之。

二 諮詢機關 諮詢機關，謂以對行政官署或行政首長，陳述意見爲其任務之機關。諮詢機關，多爲合議制，或以公務員，或以選自民間之委員，又或合此二者而組織之。諮詢機關之決定，只足以供國家意思之參考，並無決定國家意思之效力。

三 監察機關 監察機關，謂以檢查行政官署所行事務之當否，爲其任務之機關，如監察委員是。如後所述，行政機關爲指揮系統之機關，上級機關對於下級機關皆有監察權，且有專以監察爲任務之公務員，如各省市政廳之視察員，教育廳之督學是也。惟視察員及督學等，皆附屬於行政官署之下，補助行政官署，而爲行政行爲，無獨立之權能，茲所謂監察機關，則指具有獨立權能之機關而言。

四 補助機關 補助機關，謂隸屬於行政官署之下，以補助其處理職務之機關，如各部之司長秘書是。補助機關無決定國家意思之權，不過爲決定國家意思之準備工作，承行政官署之命，以從事於各種事務而已。

五 執行機關 執行機關，謂承行政官署之命，事實上執行國家意思之機關，如警察官、稅務官是。

(丙) 行政機關之構成員

如上所述，居於國家行政機關地位之特定人，於其爲行政行爲時，僅爲國家之工具，並無獨立之人格。然該特定人在其個人之地位上，自仍有獨立之人格，得爲權利義務之主體，而與國家發生一定之法律關係，在前一

種地位上，該特定人爲國家之行政機關，在後一種地位上，該特定人則爲行政機關之構成員，二者截然有別，不可混同。

行政機關之構成員與行政機關之區別，略有三端：（一）行政機關爲國家組織之一部，其設立有法規之根據，法規苟未修正，機關決不變動；行政機關之構成員，則變動不居，移轉無常，或罹死亡，或遭更動，然均不礙於行政機關之存在。（二）行政機關之構成員，僅在其職權範圍內所爲之行爲，始有作爲國家行爲之效力，否則不能認爲行政機關之行爲而生效力，如公務員之濫用職權是也。（三）行政機關之構成員，在其個人之地位上，仍與國家發生一定之法律關係，倘立於行政機關之地位，則無獨立之人格，即無與國家發生法律關係之可能。

行政機關之構成員，有公務員，僅受特定事務之委任者，及依民法上契約，擔任一定之職務者三種，當於本編第三章詳之。

第二節 行政官署

（甲）行政官署之概念及其分類

行政官署，謂隸屬於行政首長之下，就一定之事務，有決定並表示國家意思於外部之權限之國家機關也。析言之：

一 行政官署乃隸屬於行政首長下之國家機關，惟其為行政機關，故行政官署自身，並無法律上之人格，其行為為國家之行為，效果亦歸於國家；又惟其為隸屬於行政首長下之機關，故行政事務之處理，直接間接須受行政首長之指揮監督，不能以自由意思為之，是為行政官署與立法、司法官署不同之點。

二 行政官署就一定之行政事務有其權限，國家行政權之範圍甚廣，事務甚多，自應設立種種官署，分工合作，以便處理，而於分工之際，又必就各行政官署掌理之事務，畫定範圍，以避免行政官署相互間之衝突，此種範圍，即為行政官署之權限。對國家言，為該官署之職務，對人民言，又為該官署之職權，蓋惟在此種權限範圍內，其行為始有代表國家之效力也。

三 行政官署有決定國家意思並表示之於外部之權限，是為行政官署與其他行政機關不同之點。蓋諮詢機關，補助機關等，僅能為決定國家意思之準備，既不能逕自決定國家意思，又不能表示於外，執行機關雖能表示於外，又不具決定國家意思之權能，惟行政官署兼而有之。行政官署所以為最主要之行政機關，職是之故。

行政官署之種類，因區別標準之不同，可分為下列三種：

一 由其組織狀態，而分為單獨制官署與合議制官署。單獨制官署，謂以一人之單獨意思，有決定國家意思之效力；合議制官署，謂國家之意思，經由多數人之合議定之，前者之責任，由一人單獨負之，後者則由多數

人共同負責，前者如縣市長是，後者如省政府委員會是。（註三二）

二 由於管轄區域，而分爲中央官署及地方官署。中央官署，謂其權限之行使，徧及全國之官署，地方官署，則其行使權限，僅及於特定之區域，前者如財政部部長，後者如各省財政廳廳長是。

三 由於職權廣狹，而分爲普通官署與特別官署。普通官署，謂在特定區域內，就一般事務有其權限之官署，如各省省政府委員會是；特別官署，則僅就特定區域內之特定事務有其權限，如各省統稅局局長是。

（乙）行政官署之權限

國家爲便於處理行政事務，分設若干之行政官署，其結果，各行政官署所得表現之國家行爲，咸有一定之範圍，所謂行政官署之權限，即行政官署，在法律上，所得代表國家行爲之範圍也。行政官署之權限，多由各機關之組織法規定之，惟亦有由其他法律或上級官署之命令定之者。

行政官署之權限，可由下列三種標準決定之。（一）事務之種類。此係由行政官署主管事務之性質，而定其權限，如行政院之分設內政、外交、財政、經濟、教育、交通各部，分掌特定之事務是也。（二）管轄之區域。此係由行政官署權力所能達到之地域，而定其權限，如南京市市長，以南京市爲其管轄區域，上海市市長，以上海市爲其管轄區域是也。（三）權力行使之客體。此係由行政官署權力所能及之人，而定其權限，如軍隊司令官，以所屬官兵，爲其權力行使之客體是也。

行政官署權限之規定，一方面對於人民發生效果，即其權限內之行爲，具有國家行爲之效力，故不因構成該官署之某特定人之更動，而影響其效力，縱使機關廢止，原則上其效力亦仍然繼續；他方面對於其他行政官署，亦發生效果，因官署權限規定之結果，形成官署相互間之壁壘，故不特同級官署及下級官署，不能侵越其權限，即使上級官署，除法律另有規定外，亦不能行使下級官署之職權也。

行政官署權限之效果，又可由積極消極兩方面觀察之，由積極效果言，行政官署在其權限外所爲之行爲，除因特別原因而致撤銷者外，概屬有效；反之，由消極效果言，行政官署超越權限之行爲，不能認爲國家之行爲，應絕對無效。

(丙) 行政官署之代理及委任

行政官署以自行處理其所管轄之事務爲原則，固不待言。然構成行政官署之自然人，時或曠缺，不能執行職務，爲補救事實上之困難計，有時將某官署職務之全部或一部，使另一官署，或其他機關代理，以當處理之任。有時某官署僅將職務之一部，委由下級官署掌理之，前者謂之代理，後者謂之委任。(註二三)

(一) 代理 行政法上之代理，亦如私法上之代理，然分爲法定代理與授權代理兩種，分述於次：

(1) 法定代理 法定代理，略有兩種情形：其一爲法規預料構成行政官署之個人，有不能執行職務之時，而先爲其指定代理之情形。此種代理，只須不能執行職務之情形實現，即當然成立代理，爲代理關係之最明顯

者，故亦稱爲狹義之法定代理。其二爲法規預料構成行政官署之個人，有不能執行職務之時，而授權於行政首長或上級行政官署，使其屆時指定代理人之情形。此種代理，俟特別指定後始告完成，故學者亦有稱其爲指定代理者，然究其實際，仍不失爲法定代理，蓋行政首長或行政官署，並非新有所委任，不過根據法規之規定，指定特定之代理人而已。

法定代理，有應注意者三：¹法定代理，原則上爲全部代理，代理人掌理被代理人所掌理之全般事務。²代理關係成立後，官署之職務，即移轉於代理人，代理人因而有執行事務之全權，並負其全部責任，被代理人並無責任。³法定代理關係之成立，由於法律之規定，故惟俟法定原因消滅後，代理關係始告消滅。

(2) 授權代理 授權代理，亦稱任意代理，謂行政官署將其職務一部之處理，授權於某一補助機關，使其代爲處理之代理關係也。行政官署何時得以授權，依各官署組織法規之規定，間有組織法規並無規定，官署仍得授權者，此多限於事務之性質，不必官署自爲處理之時，故官署有授權之自由。

不問授權代理是否行政官署之自由，要其代理之範圍，由被代理人畫定，多限於被代理人所掌事務之一部；又代理人應在被代理人之命令及監督下掌理事務，因之，被代理人對於代理人之行爲負其全責，且得任意消滅代理關係，此皆授權代理與法定代理之異點也。

(二) 委任 行政官署時有將其職務之一部，委任於下級官署之情形。此種情形，與代理不同，其所委任之

事務，係確定的移諸下級官署職務之中，下級官署對於該事務之處理，與自身固有之事務同，以自身之名義行之，並非上級官署之代理人，如上級官署可以任意委任，是不曾變更上下級官署之權限。故此種委任，必須法律有特別規定，始得爲之，其無法律上根據之委任，應絕對無效。（註二四）

（丁）行政官署之相互關係

國家行政權之範圍甚廣，事務甚多，必須設種種之行政機關，分工合作，以便處理，既如上述。惟其爲分工，故各具權限，不相侵越，又惟其爲合作，故該官署相互間，發生種種關係而形成行政法學上之問題。茲按其性質，分爲（一）上級官署與下級官署之關係，（二）同級官署之關係，而說明之。

（一）上級官署與下級官署之關係

行政官署以構成指揮系統爲特色，故必有上級官署與下級官署。且因克達行政上目的之必要，上級官署與下級官署相互間，亦必發生種種關係。此種關係，概括言之，不外上級官署對於下級官署之監督關係，細加分析，則有下列四種。（註二五）

一 視察 凡一切監督關係，均以監督者詳悉被監督者狀況爲必要，上級官署對下級官署之監督關係亦然。上級官署，因欲詳悉下級官署狀況而爲之監督，稱爲視察。視察又有兩種形式，報告之徵收與事務之檢閱是也。上級官署，無論何時，得令下級官署，報告其事務之成績，並得派遣所屬人員，視察下級官署處理事務之實

況，查閱卷宗帳簿，且得採取其他必要之手段。要之，上級官署對於下級官署之視察，為其行使其他監督手段之前提，故不以法令有明文規定為必要，蓋為上級官署對於下級官署監督權之當然結果也。（參看二五年二月八日行政院公布：行政院派員視察地方暫行規程。）

二 訓示 上級官署對於下級官署，立於得以自由指揮之地位，故因指示下級官署執行職務方針，或加以激勵，以圖事務進展上之必要，上級官署對於下級官署，有加以指示之權，此種監督關係，學理上稱為訓示，訓示可分二種，上級官署依職權而發之訓示，為訓令，其由於下級官署請求而發之訓示，則為指令。

訓示，為上下級官署相互關係之最常見者，其問題亦最複雜，舉其著者言之，如 1 訓示之有效要件如何？ 2 訓示對於私人之關係如何，及 3 訓示之效力如何等問題皆是也。關於第一問題，通說謂欲使訓示有效，須具備 1 發自有訓示權之上級官署， 2 屬於下級官署權限之事項， 3 其內容非不能者等三要件，以及一般行政行為之共通有效要件。若具備此等要件時，縱其內容違背法令，或妨害公益，亦屬有效，下級官署，即因而受其拘束。

關於第二問題，通說謂訓示對於私人，原則上不發生何等法律效果，惟於法令規定下級官署欲為某種行動，應呈經上級官署核准，而未為呈請核准時，則不特下級官署之行動違法，應受上級官署之申斥，有利害關係之私人，亦得提出訴願。

關於第三問題，通說謂訓示一旦以合法之方式發布後，第使該行政官署存立無恙，則苟非因與嗣後發布

之訓示，或嗣後公布之法令相矛盾，而致撤銷，其效力永久存續，不因個人之變動而變動。

三 撤銷或停止 上級官署除視察及訓示下級官署執行職務外，於其認定下級官署之行爲違法或不當時，並得命令該下級官署自爲撤銷，使該行爲溯及既往不生效力，或命其停止，使其嗣後不生效力，此亦上級官署當有之職權，毋俟法令之特別規定，自不待言。惟有應注意者，此時撤銷或停止該行爲者，仍爲下級官署自身，而非上級官署。蓋爲維持行政上秩序起見，上級官署原則上不能直接變更下級官署之行爲，若有之，亦惟限於一二法令特別規定之時而已，如省政府組織法第三條：「省政府對於所屬機關之命令或處分，認爲違背法令逾越權限，或其他不當情形時，得停止或撤銷之」之規定是也。

四 主管爭議之裁決 上級官署對於下級官署相互間主管爭議所與之裁決，亦爲監督作用之一種。主管爭議有積極消極二種：積極爭議，謂二以上之行政官署互欲攬權；消極爭議，謂二以上之行政官署互欲卸責。上級官署解決主管爭議之途徑，亦因爭議之種類而異，即在積極爭議之際，本於關係官署之一方或雙方之聲請，在消極爭議之際，本於有利害關係私人之聲請，而裁決爭議。

(二)同級官署之關係

除上級官署與下級官署外，同級官署相互間，亦發生種種關係，其彰明較著者，略有下列四種：

一 權限之不可侵越 行政官署之權限，各有一定範圍，不得互相侵越，既如上述，故屬於某一官署權限

之行爲，祇該官署有決定權，他官署無干涉其內容，變更其決定，審查其行爲是否違法，以及將其行爲撤銷或變更之權。此在學理上，名爲「同級官署權限之不可侵越」。

然法令對於官署權限之規定，未必明確而無疑義，同級官署因對於該規定解釋之不同，每亦發生爭議。此時如兩行政官署隸屬於同一之上級官署，應依上級官署之訓示決之，倘雙方異其上級官署，則依雙方上級官署協議決之，協議不諧時，結果成爲各部會同，或院與院間權限之爭議，應由國民政府委員會解決之（參看國民政府組織法二四條六款、省政府組織法十九條、市組織法二五條六款）。

二 處理事務之協議 行政事務複雜錯綜，雖因官署權限畫分之結果，得以略分涇渭，然有關涉二以上行政官署之事項，不能由某官署單獨處決，而須協議定之者，是爲處理事務之協議，而屬同級官署相互關係之一端。

同級官署相互間處理事務之協議，又可分爲下列三種情形：

1 爲已確定單一之主管官署，惟其事項牽涉於另一官署之權限，故在主管官署決定之先，須與該官署協議者。例如國立農業專科學校之設立，原屬於教育部主管之事項，惟以其事關農業人才之培育，與農林部職權有關，故應由教育部與農林部協議定之。

2 爲二以上官署，同爲主管官署，而立於對等地位，依協議而定事務處理之情形。例如對於地方自治團

體財政之監督，內政部長及財政部部長，同爲其主管官署，如對此有所措施，須經兩部長之協議定之。

3 爲行政官署經營與私人同樣性質之事業，須就商於對該事業有監督權之其他官署之情形。例如土地收用之核准，爲內政部長之權限，交通部如欲經營某鐵路附近之土地收用事業，即應與內政部協議定之（註二六）

三 權限內行爲之互相拘束 凡行政官署在其權限內所爲之行爲，皆爲有效之國家行爲，有拘束其他官署之力，即其他官署有尊重其權力之必要，是爲同級官署權限內行爲之互相拘束，例如業醫開診之允許，依法屬於衛生署長之權限，而爲其前提之大學醫科畢業資格，則屬於教育部長之主管，其依教育部長所定之資格，畢業於大學醫科者，衛生署長即應受其拘束，而許其業醫開診，蓋由於國家機關權限分配之結果，關於一定事項，惟某一特定機關，有決定國家意思之權能，故某機關在其權限範圍內所爲之決定，其他一切國家機關，均應遵從之。

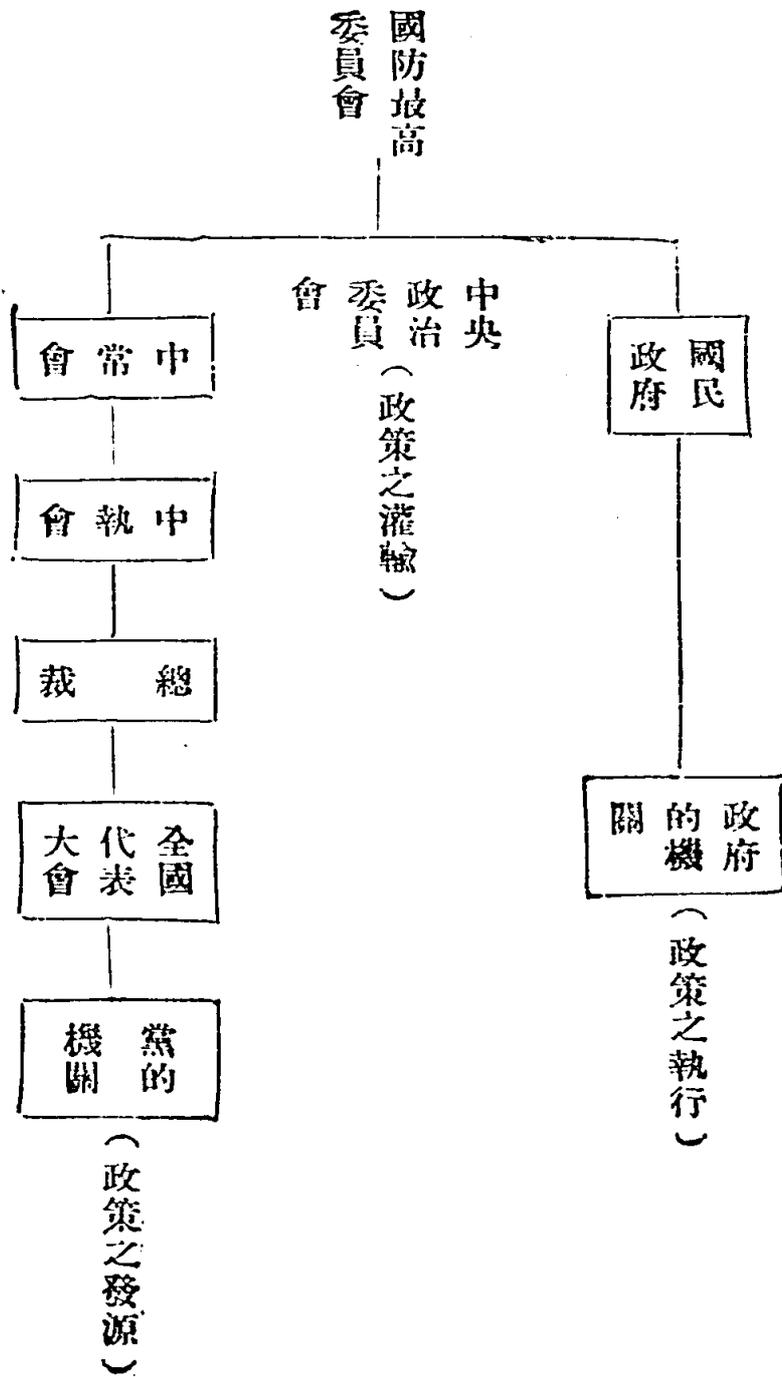
四 事務之委託 於兩同級官署之間，一官署因實際上之必要，往往將其所屬權限之一部，託由另一官署代爲處理之，此種情形，謂爲事務之委託，如徵稅機關對於抗繳租稅之某戶，託由警察機關代爲強制執行是，事務之委託，限於法令有規定之時，始得爲之，受委託之官署，本於其對等之地位，對於委託之正當與否，有審查決定之權，故與委任之行於上下級行政官署之間，受委任之下級行政官署不得擅行拒絕者，絕不相同。

第二章 現行行政組織

第一節 現行中央行政組織

(甲) 概觀

行政組織爲整個政治機構之一部，欲明現行中央行政組織，須先知現行中央政制，顯現行中央政制，因種種關係，頭緒至爲紛繁，殊難爲系統之說明，茲爲使學者徹底明瞭起見，特尋本溯源繪爲二表，以明行政組織在我國政治機構中之地位，及現行中央政治組織之大概，並附以說明焉。



國 民 政 府

行 政 院

內政、外交、財政、交通、教育、經濟、軍政、農林、社會、糧食等部
賑濟、蒙藏、僑務等委員會

立 法 院

司 法 院

司法行政部
最高法院
行政法院
公務員懲戒委員會

考 試 院

考選委員會
銓敘部

監 察 院

監察委員·各區監察使
審計部

軍 事 委 員 會

軍令、軍訓、政治、軍法執行總監、後方勤務、海軍總司令等部
航空、撫卹、點驗、戰地黨政等委員會

備考一：國府之直屬機關，除五院及軍事委員會外，尚有國民參政會，政務官懲戒委員會，國民大會籌備處，西京籌備委員會，國立中央研究院等。

備考二：行政院之直屬機關，除各部會外，尚有國立故宮博物院，中國航空建設協會總會，液體燃料管理委員會，水陸運輸聯合委員會，非常時期服務團，非常時期電影檢查所，管理中英庚款董事會等。

關於上列二表。有應注意者二：（一）現行中央行政組織之基礎理論及其重點。就基礎理論言，現制之基礎理論，即為訓政理論，蓋革命的武力之勝利，必須以革命的建設保障之，庶可垂諸久遠，而革命的建設方案，自應遵照 總理所定之建國程序，由軍政訓政而抵於憲政。就現制之重點言，厥為中央政治委員會之存在，關於此點，胡漢民、孫科二氏之訓政大綱提案說明書有極詳盡之說明。爰為引錄於下：（註二七）

「政治會議，對於黨為其隸屬機關，但非處理黨務之機關，對於政府，為其根本大計與政策發源之機關，但非政府本身機關之一。換言之，政治會議，實際上總握訓政時期一切根本方針之抉擇權，為黨與政府間唯一之連鎖，黨於政府建國大計，及其對內對外政策有所發動，必須經此連鎖，達於政府，始能期其必行。如是在黨一方面，一切政治的思想及主張，自有其醞釀迴旋之餘地，迨其成熟結晶為具體的政綱及政策，然後由政治會議之發動，正式輸於政府，置之於實施；在政府一方面，則凡所以接受之政策及方案，皆有負責執行之義務，有政必施，有令必行，兩方之權能分工，黨國之體系有別，其間連鎖之責任，亦復釐然有序，不至無可捉摸。簡括言之，政治會

議在發動政治根本方案上，對黨負責，而非在黨以外也。國民政府在執行政治方案上，對政治會議負責。但法理上仍為國家最高機關，而非隸屬政治會議之下也，明乎此，則政治會議綱領所具之精神，不待煩言而解矣。」

然自抗戰軍興，情勢一變，平時之組織，立顯迂緩，而不適於戰時之情形，而黨、政、軍之相互關係，不能立臻於融為一體之境域，以發揮戰時之最大效能，尤為當局所苦心焦慮之問題。軍興之始，雖在軍事委員會之下，設立六部，分司軍令、政略、國防經濟、國防工業、國際宣傳、民眾之組織及訓練等事。然與黨、政兩方原有組織，不易劃分權限，效率固不能增，迂緩反而益甚。嗣乃毅然廢之，暫復舊觀，然舊日弊害，仍未能除。二十八年一月，中國國民黨第五屆中央執行委員會第五次會議，有鑒於此，乃決議設立國防最高委員會，使為中央黨、政、軍統一指揮之機構，俾全國黨政工作得與軍事相配合，以收共同行動之效。自是而後，國防最高委員會，乃代中央政治委員會，而為現行行政制之核心矣。

(乙) 國防最高委員會與中央政治委員會

現行行政制之核心，平時在中央政治委員會，戰後在國防最高委員會，有如上所述，故吾人對此兩機關之組織與權限，有一加探討之必要。先就國防最高委員會之職權言之，據該會組織大綱第一條規定：「中央執行委員會於抗戰期間設置國防最高委員會，統一黨、政、軍之指揮，並代行中央政治委員會之職權。中央執行委員會所屬之各部會，及國民政府五院，軍事委員會，及其所屬之各部會，兼受國防最高委員會之指揮。」第九條規定：

「國防最高委員會委員長，對於黨、政、軍一切事務，得不依平時程序，以命令為便宜之措施。」其組織，則為設委員長一人，由本黨總裁任之（第二條），以下列人員為委員，並由委員長於委員中，指定十一人為常務委員：1. 中央執行委員會常務委員，監察委員會常務委員，2. 國民政府五院院長、副院長，3. 軍事委員會委員，4. 由委員長提出經中央執行委員會常務委員會通過者（第三條）。且為執行決議案計，以下列人員為執行委員，此項執行委員，經委員長之指定，得列席於國防最高委員會常務會議（第四條）。

1 中央黨部秘書長，各部部長，訓練委員會主任委員，中央政治委員會秘書長。

2 國民政府文官長。

3 行政院秘書長，各部、會長。

4 軍事委員會參謀總長，副參謀總長，各部部長，軍事參議院院長，軍法執行總監部辦公廳主任，航空委員會主任，海軍總司令。

5 總動員委員會主任委員，副主任委員。

6 戰地黨政委員會主任委員，副主任委員。

國防最高委員會常務會議，每星期開會一次，全體會議，由委員長定期召集之（第六條）。國防最高委員會常務會議，除依法出席之委員外，其他有關人員，必要時，得由委員長指定列席（第七條）。

綜上關於國防最高委員會之組織及職權之規定觀之，可見其在現行政制上地位之重要，與其權力之宏大矣。（註二八）

次就中央政治委員會言，據其組織條例規定（二十四年十二月十二日通過）中政會由中執會中監會選任主席副主席各一人，委員九人至一十五人組織之。政治委員會開會時，中央常務委員會主席、副主席、國民政府主席、五院院長、副院長、軍事委員會委員長、副委員長，均應出席。該會所屬之法制、內政、外交、國防、財政、經濟、教育、交通、地政各專門委員會主任委員，及國府各部會長官，於必要時，得通知列席。

中政會為全國實行訓政之最高指導機關，下列事項，均須經其議決：1. 立法原則，2. 施政方針，3. 軍政大計，4. 財政計畫，5. 特任特派官吏及政務官之人選，6. 國府交議事項。

（丙）國民政府

國民政府成立以還，組織法屢有變更，依現行國民政府組織法言（二十三年十月七日修正公布），則國民政府居於總攬中華民國治權之地位（第二條），具有下列權限：1. 統率海陸空軍（第三條），2. 行使宣戰、媾和與締結條約之權（第四條），3. 公布法律及命令（第五條），4. 行使大赦、特赦、減刑、復權（第六條），5. 授與榮典（第七條）。（註二九）

國民政府除所屬各院部會外，府內設主席一人，委員二十四人至三十六人（第十條）。國民政府主席，為

中華民國元首，對內對外代表國民政府，但不負責實際政治責任（第十一條），故國民政府所有命令處分，以及關於軍事委員之命令，雖由國民政府主席行之，但須經關係院長副署，始生效力（第十四條）。國民政府主席與委員，合組國民政府委員會，議決院與院間不能解決之事項（第十六條第十七條）。

國民政府內設文官、參軍、主計三處。文官處設文官長一人，秘書八人，下設文書、印鑄二局；參軍處設參軍長一人，參軍八人，下設典禮、總務二局；主計處設主計長一人，主計官六人，下設歲計、會計、統計三局。

國民政府組織法第十五條規定，「憲法未頒布以前，行政、立法、司法、考試、監察各院，各自對中央執行委員會負責」，即不受國民政府主席或國民政府委員會之指揮監督。

（丁）行政院考試院及監察院

行政院為國民政府最高行政機關（國民政府組織法第十九條），設院長副院長各一人，由中央執行委員會選任，對中央執行委員會負責。院長之職權有四：（1）關於一般行政事務，得依法律發布院令；（2）對一般人民，得為行政處分及其他行為；（3）副署國民政府之命令及處分；（4）綜理全院事務，指揮監督所屬機關，院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之（第二十二條）。（註三〇）

行政院設行政院會議，由行政院院長副院長，各部部长，各委員會委員長組織之，會議時以行政院院長為主席，議決下列事項（第二三條第二四條）。

- 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、媾和案。
 - 五 荐任以上官吏之任免。
 - 六 行政院各部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（註三一）
- 行政院下設內政、外交、軍政、財政、經濟、教育、交通、農林、社會、糧食、等部，蒙藏、僑務、賑濟各委員會。各部設部長一人，政務次長、常務次長各一人，各委員會設委員長一人，副委員長一人，委員若干人，由行政院院長提請中央政治委員會或國民政府依法任免之。各部各委員會均設有祕書參事等職位，並按其職務上之需要，分設若干署、司或處，署有署長，處有處長，其下分設若干科，分置科長科員，凡所以輔助部長委員處理公務者也。至於各部部长，各委員會委員長之職權，則如下舉：1. 就其主管事務，得依法律，發布命令；2. 對於一般人民得為行政處分及其他行政行為；3. 就其主管事務，對於各地方長官，得為指揮監督；4. 副署行政院所有之命令及處分（國民政府組織法第二十五條規定，行政院所有命令及處分，其關於一般行政者，須經全體部長副署，其關於局部

行政者，須經各關係部部長副署，始生效力。

行政院內設祕書、政務二處，祕書處設祕書長一人，祕書、科長、科員各若干人，掌理文書收發、分配、文件撰擬、翻譯、委任職員之任免，及會計、庶務事項；政務處設處長一人，參事若干人，掌理關於行政院會議事項，提出於國民委員會事項，或國民政府委員會發交行政院議決事項，提出於立法院事項，及撰擬命令事項等。

考試院爲國民政府最高考試機關，依法行使考試銓敘之職權（國民政府組織法第四十二條）。考試院設院長、副院長各一人，下設考選委員會及銓敘部，分掌考選銓敘（銓敘，包含公務員之登記，考取人員之登記，公務員成績考核之登記，公務員任免之審查，公務員升降轉調之審查，資格之審查，關於俸給及獎卹之審查登記等項），並得依法於各省組織典試委員會及銓敘處。考試院對於公務員之任用，除法律另有規定外，如查有不合法定資格時，得不經懲戒程序，逕請任免。

監察院爲國民政府最高監察機關，依法行使彈劾審計之職權（國民政府組織法第四六條）。監察院設院長、副院長各一人，監察委員二十九人至四十九人。監察委員由監察院長提請國民政府主席依法任免，其保障以法律定之（第四八條第四九條）。監察院除以監察委員行使彈劾之職權外，並以審計部行使審計職權，即1. 監督政府所屬各機關預算之進行，2. 審核政府所屬各機關之預算及決算，3. 核定政府所屬各機關之收入命令及支付命令，4. 稽察政府所屬各機關，財政上之不法或不忠於職務之行爲。

監察院院長，得提請國民政府，特派監察使，分赴各監察區，巡迴監察，行使彈劾審計職權；監察院爲行使職權，得向各官署及其他公立機關查詢，或調查檔案冊籍，遇有疑問時，該主管人員，應負責爲詳實之答覆。（註三二）

第二節 現行地方行政組織

研究現行地方行政組織，有先應注意者，卽現行法規上關於地方行政組織之規定，與其實際狀況不盡相同是也。蓋在剿匪時代，委員長鑒於匪之形成與滋蔓，均由政治不良所致，故剿匪除用軍事殲滅外，尤必注意政治之改良，否則軍事剿匪雖努力，而政治造匪於無形，軍事局部剿匪於前方，政治普遍造匪於後方，軍事剿匪之勝利，究不及政治造匪之劇烈，乃著定「三分軍事七分政治」之政策，以爲探本窮源對症下藥之計。再昔日政治之造匪，由於人事未臧者半，由於制度未善者亦半。且人事之所以未臧，又含有制度不良之成分，欲運用政治剿滅已成之匪，並防止政治再造未成之匪，胥不能不從改變制度着手。職是之故，爰本平日觀察所得，針對1. 事權集中，2. 意志統一，3. 深入民間，4. 調節經費及人才，5. 增加效率等目標，而改革剿匪地方之行政制度，卽A 省政府合署辦公制度，B 行政督察專員制度，C 縣政府裁局改科制度，及D 各縣分區設署制度是也。凡此制度，原僅行於剿匪之省分，嗣以成效卓著，經行政院採用，推行於無匪各省，既樹改革地方行政組織之先聲，而不免

與現行法規不盡相合矣。迨二十八年九月，縣各級組織綱要公布，縣制煥然一新，舊日之縣政法規，更多不能適用。故欲研究現行地方行政組織，非滲合新舊各種法規而論列之，殊難獲徹底之了解，爰本此義，併述改革前後之法規，辨其異同，論其得失，以供學者之參考焉。

(甲)省政府

現制第一級地方行政機關爲省政府，依省政府組織法規定（二十年三月三日國民政府公佈）：政府依建國大綱及中央法令，綜理全省事務（第一條），於不抵觸中央法令範圍內，對省行政事項，得發省令，並得制定省單行條例及規程，但關於限制人民自由，增加人民負擔者，非經國民政府核准不得執行（第二條）；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，得停止或撤銷之（第二條）。是爲省政府職權之榮華大者。

至於組織，依省政府組織法規定，省政府設委員七人至九人，組織省政府委員會，行使職權，又設主席一人，由國民政府委員中任命之。省政府主席及委員，不得兼任他省職務；現任軍職者，不得兼任主席，或委員（第四條）。省政府設秘書處，民政廳、財政廳、教育廳、建設廳分掌事務。秘書處設秘書長一人，各廳設廳長一人，由行政院，就省政府委員中，提請國民政府任命之（第十五條，第十六條）。（註三三）

省政府爲合議制官署，以省政府委員會行使職權，左列事項應經其議決（第五條）。

- 1 關於發布省令及停止撤銷所屬各機關之命令或處分事項。
- 2 關於增加或變更人民負擔事項。
- 3 關於地方行政區畫之確定及變更事項。
- 4 關於全省預算決算事項。
- 5 關於處分省公產或籌畫省公營業事項。
- 6 關於執行國民政府委託事項。
- 7 關於地方自治監督事項。
- 8 關於省行政設施或變更事項。
- 9 關於咨調省內國軍及所屬軍、警、團防、綏靖地方事項。
- 10 關於省政府所屬全省官吏任免事項。
- 11 關於省政府委員會認為應議決事項。

省政府委員會主席之設，蓋為便於省政處理之聯繫，兼以適應機宜，而濟合議制之窮也。依省政府組織法規定，省政府主席之職權有四：1 召集省政府委員會，於會議時為主席，2 代表省政府執行省政府委員會之議決案，3 代表省政府監督全省行政機關職務之進行，4 處理省政府日常及緊急事務（第六條）。省政府主席

因故不能執行職務時，由省政府委員互推一人，暫行代理主席職務，其期間以一月爲限（第七條）。

省政府組織法之規定，略如上述。惟自實行省政府合署辦公後，省政府之組織，有極大之變更，有詳加論述之必要。省政府合署辦公之擬議，始於民國二十二年九月，時 委員長駐節廬山，曾就省政府改革問題，分電各省主席徵詢意見，經反復討論結果，得下列各項原則：

一 徹底的合署辦公事屬必要，如願慮無此適當之房屋，可將原有各廳處之衙署標賣一部分，另建規模宏大之新公署。

二 組織整個省政府之機關分子，除委員會本身外，祇應爲民、財、建、教四廳及秘書、保安二處。此外不宜再設地位等於廳處之機關，以免權責混淆，政令繁雜之弊。公路處、土地局、水利局等，必須使之隸屬於廳。

三 各廳處除在不抵觸省令之範圍內，對於直屬機關，得酌量發布廳處命令外，上對中央院部會，下對專員、縣長之行文，均應由主席核行，主管廳處長副署。由某廳處主辦之事項，文首即加某廳處「案呈」字樣，權責自易分明。

四 省行政機關，府、廳分爲兩級之慣例，實無繼續存在之必要，應由各廳處長直接對省府負絕對責任。省府對中央負責任，省之各廳處與中央各部會，彼此不直接行文。

五 省府秘書處，應延用專家，酌量添設參事及設計專員名額，以爲審核各項章則法規計畫及研討各種

重要問題之助，但不可使此類人員，變為坐領乾薪之冗員。

六 省府及各廳處如合署辦公，必須將原有人員經費核減一半，即以所節之款，移作增加縣政區政經費。

旋即根據上述原則，於民國二十三年七月，由軍事委員長南昌行營，公布省政府合署辦公辦法大綱十四條，在湖北、河南、安徽、江西、福建剿匪地方，先行實施。嗣以剿匪各省，施行著有成效，其他各省亦相次實行，乃於民國二十五年十二月二十四日，由行政院公布省政府合署辦公暫行規程十五條，為各省共同遵守之法制，此省政府合署辦公制度施行之經過也。（註三四）（註三五）

省政府合署辦公之實行，由於當時省制之未善，故欲知合署辦公制度精神之所在，宜先就當時省制之缺陷說明。據委員長南昌行營觀察，「現行制度之通弊略有三端：（1）就現制本身觀察，則為頭重腳輕基礎不固，論組織則省龐大而縣縮小，論經費則省極鉅而縣極微。治官之機關太多，治民之機關太少，政令均成具文，實以此為最大癥結。蓋縣為執行一切政令之中堅，地位非常重要，行政經費過於微薄，何從充實組織，延用人才，以為匡助，毋怪乎百舉之皆廢也。（2）就橫的方面觀察，各廳處駢肩而立，各成系統，各固範圍，各私財用。凡屬甲廳主管之事項，率不喜乙廳過問，而事涉兩廳以上者，又往往遷延不決，權則互爭，過則互諉。且一切設施多以本廳處之立場為觀點，實缺乏抑己伸人，共維全局之精神，於是各認該主管之事件，為當前最要之急務，同時督責於縣

長，縣長莫知所先，亦無法同時並舉。遂使狡黠者專事敷衍，尤不肖者，則借甲抵乙，任意張弛操縱，以自便其私圖；而賢能之士，則深苦政令紛歧，疲於奔命，而不安於厥職。吏治之壞，此種畸形制度實爲厲階。(3)就縱的方面觀察，省府與各廳、縣府與各局科，均各截然形成兩階級。中央部會往往認省政之廳處爲其直屬機關，省之廳處亦認縣之局科爲其直屬機關，而彼此直接行文。流弊所及，遂使省府與縣府，不克層層節制，頓失以身使臂以臂使指之效，系統不明，層級凌亂，何以率屬而責效。」(引自行營頒布合署辦公辦法大綱時之訓令)(註三六)

省政府合署辦公制度之精神，即在針對上述流弊，於1.統一意志，2.集中權力，3.緊張組織，4.節省經費四大目標之下，而爲改革。詳言之：(一)爲革除上述頭大腳輕之弊，故實行合署辦公，以縮小省府編制，擴大縣府組織，削出省政節餘，移充縣政經費，庶幾調劑得宜，推行盡利。(二)爲革除上述省政需滯矛盾重複隔閡之弊，故實行合署辦公，打破各廳處並立之分割局面，合併爲整個之省政府，庶收齊一簡捷協和之效。(三)爲革除上述系統不明，階層凌亂之弊，故實行合署辦公，使整個省府對中央院部負絕對責任，整個縣府對省府負絕對責任。凡省之廳處、縣之局科，乃省與縣之輔助組織，不可離而爲二，一切斜枝旁出之行文辦法，因而毅然廢除，此省政府合署辦公制度精神之所在也。

至於省政府合署辦公制度之內容，略如次述：

- 一 省政府下列各廳處，應一律併入省政府公署內，合署辦公。一、秘書處，二、民政廳，三、財政廳，四、教育廳，五、

建設廳、六、保安處（省政府合署辦公暫行規程第二條）。

二 現在一切直隸省政府之機關，除前條所屬各廳、處，及呈准行政院特許設置者外，應分別裁併或並為縮小，改隸於主管廳處（第三條）。

三 省政府合署辦公後，所有文書以省政府名義行之。惟各廳、處對於行政院所屬主管部會之命令，應逕行呈復；各廳、處，依其職權，監督指揮直轄職員或直轄機關之事務進行者，在不抵觸省令之範圍內，仍得自發廳令處令或布告（第四條）。

四 省政府合署辦公後，一切文書，概由省政府秘書處總收總發。凡用省政府名義之文書，由主管廳分別或會同主稿，呈請主席判行，並由主管廳、處長副署，此項呈判文書，主席認為有修改意義或辦法之必要時，交由各主管廳處修改之（第五條）。

五 省政府合署辦公後，應依左列各原則徹底改革：

1. 各廳、處及其所轄各機關之組織，暨各科、股之職掌，應依現在實際之需要，重新畫定或厲行裁併。
2. 省政府及廳、處之經費，應集中管理，其材料、物品應集中購辦，其一時不便集中者，亦應酌定項目範圍，先行集中其一部或大部。
3. 省政府各廳、處之文書，應採科學管理方法，務期迅速、縝密、簡便，每日每週文書之收發及承辦，除機

密要件外均應分類摘要統計，列表互送主席及各廳、處長參考（第七條）。

六 省政府合署辦公後，省政府秘書處，除設科分掌文書會計庶務等事項外，得酌設左列各室。

1. 技術室 掌理關於各種專門技術之調查、設計、審核及指導事項。
2. 法制室 掌理關於法令之搜集、整理、草擬、修訂、審核及解釋事項。
3. 統計室 掌理關於統計之編製、報告、年鑑之編擬，及各種表格之調整事項。
4. 編譯室 掌理關於公報及其他刊物之編譯事項（第八條）。

七 省政府各廳、處實行合署辦公後之節省經費，應悉數增撥各縣行政費（第九條）。

八 本規程未規定事項，應依現行省政府組織法及其他關係法令辦理（第十二條）。

綜上所述，足知目前省政府之組織與省政府組織法之規定，大不相同。舉其著者約有四端：即1. 省政府主席權限之擴大，2. 各廳、處長地位之降低，3. 各廳、處權限之縮小，及4. 省政府內部組織之變更是也。（註三七）

（註三八）（註三九）

（乙）行政督察專員

行政督察專員之設置，亦為剿匪時代之產物，而地方政制重要改革之一端也。顧省與縣間中級政府之設置，民初實已有之，並不始自今日。爰先述國民革命前之道尹制，次論國民革命後之制度，再次敘及行政督察專

員設置之經過，創制之精神，及其制度之內容，以爲比較之助焉。

民初以迄國民政府成立以前，地方行政制度，誠分爲省、道、縣三級。道爲中級地方行政區域，以道尹爲其行政長官。道尹有執行一般行政之責，就其主管事務，得發道令；對於道內巡防警備各隊，得爲節制調遣，必要時並得呈由省長，轉請或直接請求兵力；對於所屬官吏及縣知事有督察權，依官制規定或省長委任，亦得監督財政及司法行政等事務。道尹輔佐官之職掌及其員額，呈由省長核定後決定之。是則道尹制之本意，固在代省長以宣勤，對各縣縣長爲就近之督察，乃究其實際，所謂道尹既了無實權，更無所事事，僅爲省與縣間之一承轉機關，未收監督縣長之功，適見積壓公文之弊，故國民政府成立以後，毅然廢之，直分地方行政爲省、縣二級。

然按諸我國省區，大都地域遼闊，交通不便，所轄縣治，多者逾百，少者亦在六十以上（前者如河南、四川，後者如安徽、湖北），遂使省與縣間，上下遠隔，秉承督察，兩俱難周，故省府動有鞭長莫及呼應不靈之苦，而出任縣長者，亦輒存陽奉陰違，隱蔽取巧之心。吏治之劣，此其厲階；匪患之生，此其根源。民國二十年，委員長以陸海空軍總司令，蒞贛督師剿匪，有鑒於此，特於總司令部內，設立黨政委員會，同時畫全省爲若干區，每區設一黨政委員會分會，各轄若干縣，即以分會委員長兼任駐在地方之縣長，集中黨政軍之事權於一處，使負監督各縣及整頓本縣之責，蓋所以補救指揮不便，監督困難，公文停滯等現制之缺陷，而發揮一、錦、黨、政、軍三面於一爐，使彼此破除隔閡相互融會貫通，二、領導各縣庶政設施，三、監督轄區施政，四、溝通上下之功用也。（註四〇）

此制施行以後，頗著成效，蘇、浙、皖各省，亦師其意，分全省爲若干區，以爲省府耳目，惟名稱不一，在蘇則稱行政區監督，在浙則稱縣督察專員，在皖則稱首席縣長，職權廣狹亦不一致。其後豫、鄂、皖三省剿匪司令部，於二十一年八月，頒布剿匪區內各省行政督察專員公署組織條例，統一剿匪省分之制度，行政院亦於二十一年八月頒布行政督察專員公署暫行條例，統一非剿匪各省之制度。嗣以匪患已平，無剿匪非剿匪省分之分，各省之行政督察專員公署，亦不能殊其法制根據，爰於二五年五月，更由行政院頒布行政督察專員公署暫行條例，齊而一之，是卽行政督察專員制度之現行法規也。（註四一）

行政督察專員設置之經過既明，可進而論其創制精神矣。豫、鄂、皖三省剿匪總司令部，於頒布前述條例之際，曾附發訓令，闡明創制旨趣，其中有曰：「誠以每一省內，欲物色數十或百餘之賢良縣長，實屬不易，而訪求十餘人或數人之精幹專員，尙有可能，然後藉專員之躬行振導，使所屬縣長，賢者愈奮而加勉，庸者望風而有爲，庶幾砥礪事功，轉移風氣，得以形成澄清吏治，剷除匪患之重要樞紐，此實挈領提綱以簡馭繁之良法也。」又曰：「特是懲前毖後，欲收設置行政督察專員制度之實效，冀得完成其使命，則非具備下列數項條件不爲功。一曰全省分區，必須普徧行之，以防顧此失彼。二曰對於行政督察專員，必須隆重其體制，予以簡任之待遇，授以監督區內縣長之大權。三曰專員必須兼任駐在地之縣長，一面固當監督他人之優劣，一面尤應以身作則，推行要政，改革盡利，以作所屬縣長之表率，藉免專事批評，不明地方實際之甘苦，而蹈過去道尹制之覆轍。四曰專員除爲推行

要政，模範所屬外，並在區內負有統籌兼顧之職責，同時並由專員兼任保安司令，全區軍、民兩政，統歸主持。五曰確定行政督察專員之管區為單純行政區域，而非地方自治團體行政專員所管之職務，等於一省中之民政分區，僅為橫面之擴張，而非縱體之層疊，自與另創一級自治團體者迥不相侔，故雖屬暫行制度，然按之省縣自治兩級制，固根本不變，即與總理建國大綱之規定，亦依然鑿合。六曰行政督察專員，應由剿匪總司令指派，其兼任縣長者，由省政府加委。七曰專員任用雖不得由現行縣長兼充，然可為確有才能成績之縣長開一異日升遷之途徑。（註四二）

行政督察專員制度實行之結果，據楊永泰氏二三年三月間之報告，謂：「行政督察專員制度實施以來，雖為時不久，然從治安、交通、吏治、財政各方面觀察，均有極顯著之進步。例如安徽一省，除邊區外，均僅駐極少數的國軍，豫、鄂二省之多數縣分，亦復如此，而地方甚為安靖。大股土匪竄入境內，雖仍須借重國軍，遇小股土匪，則本區本縣，已足鎮壓一切。皖北向來多盜，現夜間亦通行無阻，土匪自不敢乘機竊發。此即因專員兼區保安司令整頓地方部隊確增自衛力量之故。又如各省督察區內，多修若干公路，架設若干電線，各區內之縣政，貪官污吏，較遠年為斂跡，地方財政之整理，亦漸上軌道，苛捐雜稅免除不少，因之土豪劣紳所憑藉以施其剝削的手段，亦比之往年大有畏忌，此皆為極顯著之事實。」然亦有若干論者，對此制度尚多議論，於應否普遍設置專員及專員應否兼任縣長兩點，尤多意見。此屬有待討論之問題，實際上之得失如何，應視當時之環境及措施以爲斷，殊難

遽下定論也。(註四三)

以次再據前述之行政督察專員公署組織暫行條例，略論本制之內容，此又可分爲行政督察專員設置之目的及其性質，專員之職責，及專員公署之組織三點言之。關於第一點，該條例第一條曰：「行政院爲整頓吏治，綏靖地方，增進行政效率起見，得令各省畫定行政督察區，設置行政督察專員公署，爲省政府輔助機關。關於第二點，該條例揭有六端：1. 承省政府之命令推行法令並監督指揮暨統籌轄區內各縣、市行政（此又包含下列九點：A 關於轄區內各縣、市行政計畫或中心工作之審核或統籌事項，B 關於轄區內各縣、市地方預算決算之審核事項，C 關於轄區內單行法規之審核事項，D 關於轄區內各縣、市地方行政之巡視及指導事項，E 關於轄區內行政人員工作之成績考核事項，F 關於轄區內各縣、市行政人員之獎懲事項，G 關於召集區行政會議事項，H 關於處理轄區內各縣、市爭議事項，I 關於省政府交辦事項）（第三條）。2. 爲籌畫轄區內各縣、市地方行政起見，於不抵觸中央及省之法令範圍內，得訂立單行規則或辦法，並應呈報省政府轉報行政院及主管部會署備案，但關於限制人民自由，增加人民負擔，及變更組織或預算者，非經依法核准，不得執行（第三條二項）。3. 兼任駐在地之縣長（第五條）。4. 兼任區保安司令，對於轄區內各縣、市之保安團隊，水陸警察及一切武裝自衛之民衆組織，有指揮監督之權（第八條）。5. 每半年輪流巡視轄區內各縣、市一週（第九條）。6. 對於轄區內各縣、市長之命令或處分，認爲違法或失當，不及呈報省政府核辦時，得以命令撤銷或糾正之，但仍須

補報省政府查核（第十條）。關於第三點，該條例第六條規定：行政督察專員公署，設秘書一人，荐任科長二人至四人，視察一人，荐任待遇，技士一人或二人，科員二人至四人，事務員三人至四人，委任。第七條規定：行政督察專員，得隨時召集轄區內各縣、市長及其所屬局長或科長，暨本公署秘書科長，舉行行政會議，討論各縣、市興革事宜，確立行政計畫方案。（註四四）（註四五）

綜上所述，足見行政督察專員之效用，在於督察、領導、與統籌三端。督察包含指揮、監督二義，為一般行政長官共有之職權，不必詳論。統籌之必要，良以轄區各縣為財力、人力所限，一時不能獨辦之事業，可與專員之兼縣合辦，因專員公署組織較完備，經費較充裕，所兼者又多為一等縣，地方收入較豐，可以多所負擔與各縣合辦事業，由專員主持之，以供各縣之利用。至於領導云者，則係以身作則，一切要政，由專員所兼之縣首先創辦，為各縣之表率，此為專員最重要之職務。蓋徒作之君，不如能作之師，而作之師者，非僅以命令督責，而須以實驗行動教人，不但安全縣區之政務推進，需要若此，即在有匪區域如訓練民衆安輯流亡等，均非以實驗的精神，不易收督察之功效。故如不明甘苦而從事批評，或照例承轉，概不苛求，均不足以發揚專員制度之精神，此領導之所以必要也。以上督察、統籌、領導三端，為行政督察專員制度效用之所在，該制之精神，即在求此三種效用，而改革省縣兩級制之缺陷，故該制之為優、為劣，皆視能實現此三種效用與否決之。（註四六）

（丙）市政府

市政府爲地方行政組織中惟一未受晚近改制改革之影響者，其設定、組織及職權等之法規根據，仍爲民國十九年五月二十日國民政府公布之市組織法。茲以該法爲準，分述市之設定、市政府之組織與職權如次：

先述市之設定。依現制市分爲直屬於行政院之市，與隸屬於省政府之市兩種。凡人民聚居地方，而有下列情形之一者，設市得直隸於行政院：一、首都，二、人口在百萬以上者，三、在政治、經濟上有特殊情形者；惟具有前列二三兩種情形之一，而爲省政府之所在地者，仍隸屬於省政府。凡人民聚居地方，具有下列情形之一者，設市隸屬於省政府：一、人口在三十萬以上者，二、人口在二十萬以上，其所收營業稅、牌照稅，每年合計，占該地縣收入二分之一以上者（市組織法第二條第三條）。

次述市政府之組織。市政府設市長一人，指揮、監督所屬職員，下設社會、公安、財政、工務各局（必要時經上級機關核准者，得增設衛生、教育、土地、公用、港務各局），併設秘書處、參事室，分掌事務。市長、局長與秘書、參事，合組市政會議，議決重要市政事項（第十三條至第二七條）。

再次，市政府之職權，爲依法令掌理本市行政事務，監督所屬機關及自治團體，在不抵觸法令範圍內，得發布市令，制定市單行規則（第十一條第十二條）。

（丁）縣政府

縣政府之組織及職權，自國民革命以來，時有變更，所依據之法規亦至爲複雜，爰爲分段析述，以爲徹底了

解之助焉。

一 縣組織法之規定

依縣組織法規定（十九年七月七日國民政府修正公布），各縣縣政府，按區域大小，事務繁簡，戶口及財賦多寡，分爲三等（其詳細辦法，爲各省就本省情形，按各縣面積人口財賦三項，假定分數，其面積以若干方里爲一分，人口以若干口爲一分，財賦以本縣之財源，及賦稅收入若干元爲一分，將各分數平均計算，定其等第。惟衝繁之區，夙號難治，邊要之區，關係防務者，得認爲特別情形，於平均分數外，酌予提等。見十八年十二月國民政府公布各縣釐定縣等辦法）。縣政府設縣長一人，秘書一人，並依事務繁簡，設置一科或二科，各科置科長一人，科員二人或四人。縣政府之下，設公安、財政、建設、教育各局，各局設局長一人，統理事務，各局如有縮小範圍之必要時，得呈請省政府改局爲科，附設於縣政府內。縣政府之縣長、局長、秘書、科長等，合組縣政會議，議決重要縣政事項（縣組織法第十一條至第二十四條）。

縣政府之職權，則爲於省政府指揮、監督之下，處理全縣行政，監督地方自治事務，在不抵觸中央及省法令範圍內，得發布縣令，並得制定縣單行規則（第三條第五條）。

二 裁局改科及分區設置

觀於上述縣組織法之規定，足見縣政府之組織，略如省政府，不過規模較小而已（秘書及二科等於省政

府之秘書處，四局等於省政府之四廳。故省政府所發生之流弊，如隔閡、矛盾、重複、迂滯等，縣政府莫不有之。一如各局局長，多由主管各廳指派，自成系統，自樹壁壘，對下則逕發局令，對上則逕報本廳。縣長高臨於上，既非自辟之僚屬，復多顧慮其職權，自無從充分行使監督指揮之權。即甲局與乙局之間，亦祇圖個別之發展，缺乏統一之意志，一縣之工作中心殊無從確定。且各局駢立，規模擴張，更不能不分科設課，濫置職員，以張門面。於是地方經費悉撥以養此各局之冗官，尙虞不足，致各縣預算中，祇有機關費而無事業費之可言，即有賢良，何能奏績？」委員長有鑒於此，故於民國二十二年督師江漢之際，由豫、鄂、皖三省剿匪總司令部制定各縣政府裁局改科辦法大綱，由以一事權，而節糜費。嗣以各省縣政府所屬之局，仍有未能一律撤廢者，且省政府已實行合署辦公，爲增進縣政效率，俾克上下連貫，運用敏捷起見，復於二十四年一月頒行剿匪省分各縣政府裁局改科辦法大綱，訓令實行。繼以該制施行卓有成效，行政院亦於二十六年六月四日，頒布縣政府裁局改科暫行規程，普遍推行於全國各省，對於過去之縣政府組織，予以重大之改革，殊有注意之價值。

縣政府裁局改科暫行規程，全文凡十三條，其最重要之規定有四：1. 縣政府上行下行文書，概以縣政府名義行之（第二條）。2. 縣政府所屬公安、財政、教育、建設各局，現經設置者，應實行撤銷，將其職掌分別歸併於縣政府現設之各科，或另設各科辦理；但在人口衆多，事務繁劇之縣分，其原已設置之某一局或某數局，如確有保留之必要時，得由各縣政府開明理由，呈經省政府核准，並轉咨內政部備案後，暫緩裁併（第三條）。3. 縣政府

設秘書一人，必要時得設助理秘書一人或二人，並分設若干科，以數字別之。各科設科長一人，其職掌應由省政府按照地方實際需要，妥為分配，並規定各科員額，擬具縣政府組織規程，咨送內政部，轉呈行政院核定施行。因增科或增設員額所增加之各縣行政經費，由各省分別縣分等級，妥擬預算，咨送內政部、財政部彙核，轉呈行政院核定後，由國庫支給之（第四條）。4. 縣佐治人員，概由縣長遴選，呈經省政府依法審查，分別核委或備案。承辦教育、建設事務之佐治人員，非具有各該項專門資格或相當之學識、經驗者，不得濫用，此項人員中，並得酌設督學及技士等職（第五條）。

裁局改科之創制精神。三省剿匪總司令部，於頒發前述大綱之時，曾附發訓令闡為五點：一曰集中權責，二曰充實組織。此二點情形顯然，可不深論。一三曰教、建合一。蓋以教育、建設，同為今日建國之先務，二者輔車相依，關聯至切，故應併為一科，俾使統籌。四曰警衛連繫。蓋以警察制度，為工業國產品，不適於我國內地。而我國警政自古以來，悉寄於保甲之中。今剿匪省分所辦之保甲及壯丁團隊，實即農村之警察，如能嚴密其組織，施以適當之訓練，並分派警官督率而教導之，則一切警察職務之實行，自可依之以為協助而盡利。故特採警衛連繫辦法，將各縣現有之公安機關及警察概行裁撤，祇於縣政府中設警佐，於各區署中設巡官，並於各重要鄉鎮，派駐警長及警士，分別秉承區長及聯保主任之命令，就地指揮保甲職員及壯丁團隊，執行一般警察之職務，並負訓練保甲壯丁之專責，使自衛組織與警官編配聯成一氣，祇用少數之警官，扼要分布，而全縣之警察網遂克構成。五

曰稅收統徵。蓋現在之國稅省稅及一切地方稅捐，名目繁多，除地丁錢糧契稅向由縣政府負責經徵外，其餘各項，每因種類之不同，致稅局林立，同駐一縣之中，各自爲政，不特虛耗巨額之經費，而徵收人員到處勒索，其浮收者或較公衆所得且累倍焉。故徵收之機關愈多，人民之痛苦亦愈甚，弊害顯然，誠有根本改革之必要。用爲規定縣財政改革原則，無論何項捐稅，原則上概由縣政府統一經徵，其依法應得之經徵手續費，概作縣政經費之補助。」

凡上所論，大體上均甚妥當，惟論政者於建教合作一點，頗滋疑義。蓋二者之連繫，在實質而不在形式，事大任艱，不能由一科辦理，性質懸殊，亦殊難覓兼長之才，強以併合，反滋流弊，故行政院公布之縣政府裁局改科暫行規程，即撤廢此項規定不復強爲併合矣（事實上在該規程公布以前，行政院即通令改正各縣政府裁局改科辦法大綱之建教合一制度，各縣亦已先後恢復教育局之組織）。

與裁局改科並爲縣政上重要之改革者，則爲分區設署制度。此制之實施，既致縣組織法以重大之變更，復使區之性質，爲之大變，其演進經過有足述者。按縣組織法第二八條規定：「區置區公所，設區長一人，管理區自治事務。」第二九條規定：「區長由區民選任。」就此規定言之，區公所實爲一種自治組織，然揆諸我國地方一般人民之性習，實尙無自治之能力。其在一般匪區，民衆於創痛危懼之中，祇有自衛安寧之急切要求，決不敢遽作享受完全自治之奢望，此種名存實亡之自治，實有利而無弊。故豫、鄂、皖三省剿匪司令部，於二十一年八月

間，頒布剿匪區內各縣區公所組織條例十八條，確定區長立於縣長與保甲長之間，一方輔助縣長執行職務，如縣政府之支部，一方則就近監督、指揮保甲長執行職務，以爲縣長之耳目手足，蓋使其於原有自治事務以外，兼爲官治行政組織，使成推行政府法令之中堅，且甯置重於後者也。

願上項條例施行以來，各省政府對於區長區員之人選標準，往往忽視，所支經費，亦非常微薄，故一切政令，推行至區，非被擱置，即改面目，尙不能藉以補助縣政之發展，爲改善計，故委員長而昌行營，於二十三年十二月間，制定剿匪省分區設置辦法大綱二十五條，一改往日之面目。綜其要義，約有四端：一則改正區之名稱。凡舊時「區公署」或「區辦事處」一律取消，不復沿用，而改稱爲「區署」，藉以表明此後之區署，乃爲官治之行政機關，絕非向日之自治組織，以矯正往昔區制觀念。二則擴大區之組織，增加其經費。區長之下，酌設區員、書記等職，輔以員司，且皆酌給適合鄉村生活之薪俸，俾能贍家而養廉。三則提高區長區員之地位。以有縣長資格者，乃許充任區長，以有相當學識經驗者，乃許充任區員，而區長、區員，皆加以一定期間之訓練，藉以充實其治事之能力，且更保障其任期，確定其出路。凡區長區員任職著有成效者，得分別以縣長、區長分別存記，既是鼓勵其前驅之努力，更可儲備確有實地經驗之縣長人選。四則明定其職責。所有區內保衛安甯、調查戶口、訓練民衆、指導合作、推行清丈、實施工役，以及一切農村水利建設等工作，暨區內衛生、公安、交通、經濟、財務等一切要政，凡與管教、養衛有關者，統由區長秉承縣長之命執行。故是後之區長，即成爲純粹協助縣長深入民間，推行政令之機關。

實等於縣政府之支部。

至於創制之精神，行營於頒發大綱之際，嘗附有訓令，加以闡發云：「現制縣爲行政單位，自中央逮省之一切政令，悉由此下達於民衆。而我國各縣之幅員，大者三四百里，小者亦百餘里，民衆多者五六十萬，少者亦達十餘萬，在昔滿清之世，縣之下尙設縣丞、巡檢，分司各職，勉資佐治，然今之縣制，所以治理此廣土衆民者，僅恃一端坐縣城之縣長而已。依現行縣組織法，縣以下原分畫爲若干區，各設區公所，以爲地方自治機關，第組織既不健全，人選亦甚濫雜，經費則尤形短絀，地方民衆之視區長，無異昔日之團董、村頭，絕不特加尊重。於是地方士民之賢良者，多趨趨引避，不肖者則奔競而進，結果各地區長，大都爲貪污土劣所把持，助行政令則不足，壓迫民衆則有餘。故縣長與民衆之間，既無居間聯繫之樞紐，自失指臂相使之效，以致一切政令，逮縣之後，卽等於具文，無法推進，訓政數年，迄未能樹立憲政之基礎，職此之由。本委員長詳督地方情形，周諮各省長官之意見，認定徹底改革區制，分區設署，實爲目前之要圖。蓋分區設署，爲健全地方行政之重要步驟，亦卽厲行管教養衛之樞紐，凡所以啓迪民衆，安定地方，促進建設，均將於此以致其成效故也。」

剿匪省分分區設署辦法大綱第二十五條規定：「本大綱暫於湖北、河南、安徽、江西、福建等剿匪省分施行之；其他各省，如認爲有參照本大綱實行分區設署之必要時，應呈請行政院核准，」以示其爲暫行之制度。願此種暫行制度，因施行以後，成績卓著，非剿匪各省，亦次第仿效，適用日趨普遍，行政院爲畫一各省制度起見，乃於

二六年六月，公布各縣分區設署暫行規程二十三條，就區之設定，區長之職權，區之組織等，為詳細之規定。以區之設定言，該規程規定：各縣政府應按其轄境面積、地形、戶口、交通、經濟狀況及地方習慣，將縣行政區域酌畫為三區至六區，設立區署（第三條）。區署設于區內適中或交通便利地點，定名為某縣政府第幾區區署。縣政府所在地之區，暫不設區署，于必要時得附設于縣政府內，其區長區員或巡官職務，派縣政府職員兼任之（第四條）。以區長之職權言，該規程規定：區長承縣長之命，辦理下列事項：1. 關於所屬區員巡官僱員暨區內保甲壯丁隊之監督、指揮事項；2. 關於區內民衆之組織及訓練事項；3. 關於中央與省縣法令之執行宣達，及區內現況之調查報告事項；4. 關於區內合作事業之指導事項；5. 關於區內小學及民衆學校之籌畫、設立及監督、指導事項；6. 關於區內農林水利之改進事項；7. 關於戶口調查、土地清丈、工役分配、衛生、公安、交通之執行事項；8. 關於區內各職業團體之監督指導事項；9. 關於縣政府交辦事項。又區長對於駐在區內之保安隊或警察隊，遇有必要時，得指導之（第五條）。以區署之組織言，該規程規定：區署得設區員一人至三人，協助區長處理一切區務，設巡官一人，秉承區長辦理區內警察事務（第六條）。區署得設事務員一人，助理事務員一人，錄事二人，承區長區員巡官之命，撰擬繕寫文書及襄理區署事務，設區丁二人或三人，承辦一切雜務（第七條）。區長，由縣就訓練合格成績優良之人員，遴選加倍名額，呈由該管行政督察專員公署，轉請省政府核委，以迴避本縣原籍為原則，必要時，亦得參用本縣人員，但必須迴避本區。區員或巡官，由區長遴選訓練合格成績之優良人員，呈請縣

長核委，彙報該管行政督察專員公署，轉呈省政府備案（第九條）。其有下列各款情事之一者，不得被任爲區長、區員或巡官：1. 有危害民國行爲，曾受處刑之宣告者；2. 褫奪公權尚未復權者；3. 曾爲赤匪脅從，雖邀准悔過自新，而尙在察看管束期內者；4. 虧空地方或機關之公款，尙未清償者；5. 吸食鴉片或烈性毒品者；6. 體質衰弱或耳力衰頹，不堪任事者（第十條）。區長任期定爲三年，非受懲戒處分，不得撤換；但在試署期間，成績不良，才不勝任，或人地不宜者，不在此限（第十一條）。區長任職至三年以上，經縣長考核，認爲成績優異者，應呈報該管行政督察專員公署，轉請省政府，以縣長任用或存記。區員或巡官任職二年以上，經縣長考核，認爲成績優良者，得以區長任用或存記。區員或巡官，如有異常勞績爲全省之最優越者，雖未滿前項任期年限，亦得特准升用（第十四條）。

三 縣各級組織綱要之規定

裁局改科與分區設置之實行，固爲我國縣制上重要之改革，所惜各省情形懸殊，辦法不一，而此類法制本身，又大都隨事增損，補苴罅漏，初無一貫之體系與明確之方針。故自剿匪省分推行於非剿匪省分以後，成效反不甚著，地方行政組織，尙有待於徹底之改善，殆爲識者所公認之事實。矧自抗戰軍興以後，地方政府之事務日增，事繁責重，以殘缺不全之機構，斷難迅赴事功，協助軍事。於是改革縣政之議紛起，而使縣制爲之煥然一新之縣各級組織綱要，亦於二九年九月十九日，由國民政府公布矣。

縣各級組織綱要，發端於廿七年夏間，委員長在黨政訓練班中，「改進黨務與調整黨政關係」之演講，並參酌各地方行政長官之實際經驗，及學者之研究心得，經長久之反復推敲而成，全文分爲十節六十條，對於縣組織法之規定，加以重要之修正。茲錄其主要規定於次，以見新縣制內容之一斑。

一 縣之性質 該綱要明定縣爲地方自治單位（第一條），爲法人（第二條），縣政府執行中央及省委辦事項時，應於公文紙上註明之（第七條），凡所以表示縣爲地方自治行政區域也。

二 縣之分等 該綱要規定，縣按面積、人口、經濟、文化、交通等狀況，分爲三等至六等，由各省政府詳分，呈報內政部核定之（第二條）。較之縣組織法之規定，在等數及標準上均有擴充，俾各省得依照實際情形，酌行伸縮，不可謂非立法一重要之進步也。

三 分區設署 該綱要規定：縣以下爲鄉（鎮），鄉（鎮）內之編制爲保甲。縣之面積過大或有特殊情形者，得分區設署（第四條）。區之畫分，以十五鄉（鎮）至卅鄉（鎮）爲原則（第廿四條）。區署爲縣政府補助機關，代表縣政府督導各鄉（鎮），辦理各項行政及自治事務，在未設區署之區，由縣政府派員指導（第廿五條）。區署設區長一人，指導員二人至五人，分掌民政、財政、建設、教育、軍事等事項，均爲有給職，非甄選合格人員，不得錄用（第廿六條）。區署所在地，得設警察所，受區長之指揮，執行地方警察任務（第廿七條）。區得設建設委員會，聘請區內聲譽素著之人士擔任委員，爲區內鄉村建設之研究、設計、協助之機關，由區長擔任主席。

(第二十八條)。凡此關於區署之規定，則係吸收前述各縣分區設置暫行規程之規定，而略加改正者也。

四 縣政府之組織 該綱要規定：縣設縣政府，置縣長一人，其職權爲：1. 受省政府之監督，辦理全縣自治事項。2. 受省政府之指揮，執行中央及省委辦事項（第七條）。縣政府設民政、教育、建設、軍事、地政、社會各科，設科之多寡，及其職掌之分配，由各省政府依縣之等次，及實際需要擬定，報內政部備案（第八條）。縣政府置秘書、科長、指導員、督學、警佐、科員、技士、事務員、巡官，其名額、官等、俸級及編制，由省政府依縣之等次，及實際需要擬定，報內政部核定之（第九條）。綜此規定，是裁局改科之原則，已爲新縣制所厲行，縣政府本身之組織，亦較前充實，頗能適應戰時需要矣。

縣既爲地方自治單位，是則縣各級組織需要之討論，原屬於行政法各論自治行政法之範圍，惟由縣政府之組織等觀之，似尙不能目爲純粹自治行政之組織。故附述於省、市各級政府之後，銜接而進，或較便於研究也。至於該綱要純關自治組織與自治事項之規定，則當於自治行政法中述之，以明統系。

縣各級組織綱要，往鑒昔日縣各級組織之缺陷，近察當前之需要，在領袖倡導之下，集羣策羣力而赴之，自多允當。中央內政當局，倘能善爲統籌領導，主省政者，又能善體法意，切實奉行，並於一般所認爲困難之經費、人才諸端，妥籌解決方案，則卓著成效，當不在遠也。（註四七）（註四八）

第三章 公務員法

第一節 公務員之概念及其種類

公務員者，由國家之特別選任，對於國家，服無定量之勤務，且負有忠實之義務者也。析言之：（註四九）

一 公務員關係因國家之特別選任行為而成立。公務員以外之為國家服務者，蓋亦多矣，如議會議員由於人民之參政權，而行使其職務，士兵由於一般人民之兵役義務，而服兵役，自治團體人員之鄉、鎮長，由於法律之委任，而管理國家事務，船長因法令之規定，而掌一部分之戶籍及警察事務。凡此人員，其所掌理者皆為國家事務，然皆非公務員也。蓋公務員關係，由於任官行為而成立，其任官行為或因考試之結果，或出於其他特別方法，要為特別選任行為之結果，任何人均不因某種權利或義務之結果，而當然得為公務員也。

二 公務員對國家負有服勤務之義務。公務員之參與國防，固為其權利，然國家之任命公務員，非與以權利，實欲使其服勤務耳，故義務為其主眼，權利則其附帶之結果也。就此點言，公務員與議員又有區別，蓋議員固亦對國家負有服勤務之義務，然係由於國民之參政權，代表國民而參與國務，其權利為主，義務為從，與其謂為義務，毋寧認為權利也。又公務員服勤務之對象為國家，故與對於自治團體負有服勤務義務之公吏，亦有區

別。(註五〇)

三 公務員負有忠實之義務 忠實之義務，謂公務員處理公務而提供其勞務之際，既應消極的服從國家之意志，更應積極的考慮國家之利益。蓋公務員之執行職務，即其提供勞務之方法與限度，既應根據法令或上級機關之命令，而決定或執行國家之意思，又應誠實的考慮國家之利益，依公務員自身之判斷而決定之。此種忠實之義務，學者稱爲公務員之倫理的義務，謂此種義務之違反，爲引起懲戒問題之原因，其與對於國家僅有經濟上勞務關係人員之區別，亦即在此。蓋如政府所使用之雇員、外國顧問、土木建築工程之承攬人員等，固亦係對國家服其勤務，又均係依特別方法選定，然此等人員，純爲民法上之雇傭關係，其義務僅在某種有經濟價值之勞務的給付，無任何忠實義務之可言也。即在服公法之上勞務義務者如由軍事徵用法而被徵發之人，亦僅負有經濟上之勞務義務而已，不具倫理之性質，故亦與公務員不同。

四 公務員負有服無定量勤務之義務 公務員因負忠實義務之結果，對於國家服務之範圍及方法，概依國家之要求決定，故通說謂公務員對於國家負有服無定量勤務之義務。蓋公務員所擔任之事務，有時雖亦預定一定之範圍，而於其範圍內各個勞務之給付，則不預先指定。就此點言，公務員與由民間選任之各種委員、破產管財人等選任以處理特定事務者不同，其區別蓋猶民法上雇傭與委任之區別，就其對於國家服公法之勤務言，二者固屬相同，就其所任事務之分量言，則有差異也。

要之，公務員與其他為國家服務者，法律上之重要差異，在於前述之諸點，其對於國家之法律關係，為純然之公法關係，不受民法之適用。又議員、委員等雖亦與國家構成公法上之關係，然亦與公務員不同，蓋公務員不僅擔任事務而已，身分上亦隸屬於國家也。

公務員之種類如次（註五一）

一 依任命形式而分為高等官與普通官 凡由中國國民黨中央執行委員會、政治委員會（國防最高委員會）選任，或由國民政府直接間接任命者，為高等官，由所屬官署逕自任命者，為普通官。高官官分選任、特任、簡任、荐任四種，普通官則僅有委任一種，其詳細等級，據民國二十五年九月，國民政府公布之暫行文官官等官俸表規定，簡任職更分七級，荐任職分十二級，委任職分十六級，其官俸，則自五十五元至八百元。

二 依所任事務而分為文官與軍官 軍官謂從事於戰鬥行為及其他法定軍務之公務員，軍官以外之公務員為文官。軍官有陸軍軍官、海軍軍官、空軍軍官之分，各種軍官，又有將官、校官、尉官之別；文官亦有行政官及司法官兩種，行政官又分為長官及輔佐官。

三 依決定國家行政方針與否而分為政務官與事務官 政務官謂決定國家行政方針之公務員；事務官謂執行既定方針之公務員。各國通例，政務官多隨內閣之更迭而進退，事務官則屹立不動，蓋即由此區別所生之另一結果也。我國政治上未有此種習慣，其區別之法制標準，據公務員任用法施行條例第二條規定：公務

員任用法上所稱之政務官，以須經中央政治會議議決任命者爲限。然中央政治會議組織條例，屢有更改，所謂政務官之範圍，亦從而時有變遷。據中央政治委員會最後一次解釋，政務官包括下列公務員：(1)國民政府委員，(2)五院院長，副院長，(3)各部部长，副部长，政務次長，及各委員會委員長，副委員長，(4)各省政府主席及廳長，(5)直隸於行政院之市長，(6)駐外大使，特使及特任特派之公務員（見行政院二十年三五—七號訓令），此等政務官以外之公務員，爲事務官（註五二）。

第二節 公務員之任用

甲 任官行爲之性質

公務員關係，因國家之特別選任行爲而成立，此種特別選任行爲，學理上名爲任官行爲，其法律上之性質如何？殊成問題。有唱私法契約說者，謂任官行爲爲私法上契約之一種，因其與私法上之僱傭契約相似故也。亦有唱公法契約說者，謂任官行爲爲公法上契約之一種，蓋任官行爲以任命者個人之同意，爲其發生效力之要件，國家不能不顧個人之意思，而強命爲公務員，此種以雙方同意爲成立基礎之法律關係，自屬契約關係，惟因其以服忠實之無定量勤務爲內容，故非私法上契約關係，而爲公法上契約關係耳。又唱單獨行爲說者，以任官行爲爲國家之單獨行爲，即以國家一方之意思而生效力，蓋由社會國之法理言，人民有服公務之義務，責無旁

貸，習慣上雖常有徵求同意之舉，然祇為實行任官行為之前提要件，非其成立要件，不能執此而認其為契約也。

綜上三說觀之，私法契約說，為公法私法未有嚴密分野時之理論，其不足採用固矣。至於公法契約說及單獨行為說，則互有短長，不可偏廢，蓋前者切於事實而見解落伍，後說則理論進步而又有陳義過高之嫌。就現實情形言，實應參酌二說，關顧各個事實，而分別解釋之，庶可免失諸一偏之謂也。（註五三）

乙、任官要件

任官要件，謂就任公務員應具之條件，此可別為能力要件與資格要件二種。能力要件，為就任公務員之一般的要件，苟缺乏此種要件，即令被任為公務員，其任命乃基於法律上之不能，當然無效；資格要件，為就任某種公務員應具之資格，苟誤任無其資格之人，其任命固非當然無效，但因帶有法律上之瑕疵，故無正當的保障，無論何時，均得將其免職。再資格要件可以命令定之，而能力要件則須以法律定之，因事關人民權利能力之範圍，固不能以命令定之也。以次分別申述之。

（一）能力要件

1 須具有中華民國之國籍 關於此點，我國現行法上，固無直接明文可據，然就理論上觀察，誠應如是解釋。蓋參與國務之人，以與其國有密切關係，即限於為國家構成分子之本國人民，方能克達目的，避免損害，蓋為

理論上所當然，且就現行法規觀之，歸化人暨隨同歸化人取得中華民國國籍之妻若子，尙不能任重要官職，現任中國文武官職者，內政部且不得爲喪失國籍之許可（國籍法第九條第十二條），是則外國人之不能擔任中國官職，更不待言，至於現行海關稅務司之任用客卿，則爲不平等條約之結果，不足以爲訓也（民國廿一年十月十一月十四日考試院指令第二十三號，外國人充任公務員爲僱用或聘任性質，不必予以甄別審查）。

2 須具有行爲能力 此點法律上亦無規定，惟就法理言之，幼年人精神病人等無意思能力者，其意思表示，在民法上尙且無效，自無任官之能力。至於限制行爲能力人，就現行法律觀察，殊不能不採肯定之解釋（參照普通考試行政人員考試條例第二條，及本書第一編第六章第二節），惟就立法論言之，允許限制行爲能力人任官是否適當，殊成問題耳。

3 須已逾因免職處分而致停止任用之期間者 依公務員懲戒法第四條規定：「免職除免其現職外，並於一定期間停止任用，前項停止任用期間，至少爲一年。」故凡未逾停止任用期間者，亦不得被任爲公務員。

4 須無公務員任用法第六條規定之情形者 依該法第六條規定：「有左列各款情形之一者，不得任用爲公務員：1 褫奪公權尙未復權者（刑法第三十六條參照），2 虧空公款尙未清償者，3 曾因贓私處罰有案者，4 吸用鴉片及其代用品者。」此蓋以如後所述，公務員有保持品位之義務，人而貪污無良，喪失信用，乃至有不良嗜好，自不可任爲公務員也。

(二)資格要件

我國關於公務員任用之主要法規，為公務員任用法，該法對於簡任職以下各級公務員之任用資格，均有詳細之規定。茲按其規定，分述於次：

子 簡任職公務員之任用資格 該法第二條規定，簡任職公務員，應就具有左列各款資格之一者任用之。

1 現任或曾經簡任職，經銓敍合格者。

2 現任或曾任最高級薦任職三年以上，經銓敍合格者（公務員任用法施行細則第六條，本法所稱曾任職務，以在國民政府統治下者為限；第七條本法所稱最高級薦任職，得以曾任簡任職以上職務，併計年資，所稱最高級委任職，得以曾任薦任職以上職務，併計年資。）

3 曾任政務官兩年以上者。

4 曾於中華民國有特殊勳勞，或致力國民革命十年以上，而有勳勞，經證明屬實者。

5 在學術上有特殊之著作或發明者。

丑 薦任職公務員之任用資格 該法第三條規定，薦任職公務員，應就具有左列各款資格之一者任用之：

之。

- 1 經高等考試及格，或與高等考試相當之特種考試及格者。
 - 2 現任或曾任薦任職，經銓敍合格者。
 - 3 現任或曾任最高級委任職三年以上，經銓敍合格者。
 - 4 曾於民國有勳勞，或致力國民革命七年以上而有成績，經證明屬實者。
 - 5 在教育部認可之國內外大學畢業，而有專門著作，經審查合格者。
- 宜 委任職公務員之任用資格 該法第四條規定，委任職公務員，應就具有左列各款資格之一者任用

1 經普通考試及格，或與普通考試相當之特種考試及格者。

2 現任或曾任委任職，經銓敍合格者。

3 現充雇員，繼續服務三年以上，而成績優良，現支最高薪額者。

4 曾致力國民革命五年以上，而有成績，經證明屬實者。

5 在教育部認可之專科以上學校畢業者。(註五四)

惟有應注意者：(一)選任官特任官及簡任之政務官，係自由任用官吏，不屬於公務員任用法之範圍(公務員任用法第十三條)；(二)蒙藏委員會及僑務委員會委員，各機關秘書長及秘書，不適用前列各條之規定

(第十三條)；(三)公務員之任用，除依前列各條之規定外，並依其學識經驗與其所任之職務相當者為限（第五條）；(四)公務員任用法，為關於公務員任用之一般法，若某組織法另有特別規定則按照特別法優於普通法之原則，適用該組織法之規定（參照第一條）。

丙 公務員任用之程序

依公務員任用法規定，公務員之任用程序如次：

一 簡任職公務員之任用，由國民政府交銓敍機關審查合格後任命之，薦任職、委任職公務員之任用，由該主管長官送銓敍機關審查合格後，分別呈薦委任之。銓敍機關接到前項文件後，應從速審查，決定合格或不合格（第七條）。

二 在請簡、呈薦、擬委之期間，該管長官於必要時，得派有相當資格之人員代理，但代理期間不得逾三個月（第八條）。

三 考試及格人員，得按其考試種類及科別，分發相當官署任用，其對於擬任職務無相當資歷者，得先分發學習，其辦法由考試院定之（第九條）。

四 薦任職、委任職公務員，應就分發之考試及格人員，儘先任用（第十條）。

五 任用程序分為試署及實授，試署滿一年成績優良者，始得實授，其成績不良者，應由銓敍機關分別轉

節，延長其試署期間，或降免之（第十一條）。

六 初任人員應爲試署，並從最低級俸級起，但二等委任職以下人員，得各按其學識經驗，酌級俸。其曾任同等公務員，積有年資及勞績者，得按其原級等級，原支俸額，酌級俸。其有簡任職資格，而以薦任職任用，或有薦任職資格，而以委任職任用者，不適用前項之規定（第十二條）。

第三節 公務員之義務

公務員關係之成立，由於國家之特別選任行爲，而特別選任行爲之主要效果，則爲公務員對於國家之服無定量勤務，且負有忠實之義務，是故公務員之義務，誠爲公務員關係之核心，權利與責任，則其派生之結果也。我國關於公務員義務之主要法規，爲公務員服務法。依該法規定，公務員之義務有六：一爲執行職任之義務，二爲服從之義務，三爲忠實之義務，四爲嚴守秘密之義務，五爲保持品位之義務，六爲不爲一定行爲之義務，以次分述之。（註五五）

一 執行職務之義務 執行職務之義務，謂公務員應依法令所定，或主管長官之指示，執行其所擔任職務之義務。緣國家設官之目的，在於治事，故執行職務，爲公務員之第一義務。至其職務之內容，有依法律命令而定者，有依對其職務，有指揮監督權之長官指示而定者，故公務員接奉任狀後，除程期外，應於一個月內就職，

但具有相當事由，經主管高級長官特許者，得延長之，其延長期間，以一個月為限（第八條）；2 公務員奉派出差，至遲應於一星期內出發，不得藉故遲延，或私自回籍，或往其他地方逗留（第九條）；3 公務員未奉長官核准，不得擅離職守，其出差者亦同（第十條）；4 公務員辦公，應依法定時間，不得遲到早退，其有特別職務，經長官許可者，不在此限（第十一條）；5 公務員除因疾病或正當事由外，不得請假，請假規則以命令定之（第十二條）；6 公務員除法令所定外，不得兼任他項公職或業務，其他依法令兼職者，不得兼薪及兼領公費（第十四條）。（註五六）（註五七）

二 服從之義務 服從之義務，謂公務員就其職務，服從本屬長官命令之義務。蓋如前所述，行政機關以構成指揮系統為特色，故必上級行政機關有指揮之權，下級行政機關有服從之責，若身使臂，若臂使指，而後國家政務，乃能推行盡利，此行政機關之特色，亦行政機關之要義也。

顧所謂本屬長官，有職務上之長官及身分上之長官之分。前者謂關於公務員職務上，有指揮監督權限之長官，不以一人為限，如各部司長，科長之於科員是也；後者則僅指對於公務員之進退賞罰，得以專行或由其聲請之長官，常以一人為限，如各部部长是也。茲所謂本屬長官，指職務上之本屬長官而言。又二以上本屬長官，命令相抵觸時，應何捨何擇，亦非斟酌不可。關於此點，公務員服務法第三條規定曰：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以主管長官之命令為準，」但兩級長官級次相同，又無主管兼管之分時，解釋上應以公務員一己之

判斷定之。

公務員之有服從上級長官命令之義務，固矣，然如該命令之內容，與法規相抵觸時，公務員有無服從之義務，殊成問題。關於此點，有高張法律之效力，主張公務員無服從之義務者；有注重行政機關指揮系統之特色，主張公務員應絕對服從者；亦有折衷其間，偏於第一觀點，謂公務員於上官命令，雖無實質之審查權，然苟具其違反法律，顯而易見，則不負服從之義務者；又有折衷其間，偏於第二觀點，謂公務員並無審查權，惟認為上官之命令違法時，可以陳述意見者。公務員服務法第二條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，如有意見，得隨時陳述。」蓋即採用第四說者也。（註五八）

三 忠實之義務 忠實之義務，謂公務員常執行職務之際，應根據一己判斷，為最適於國家利益之行動之義務。良以公務員之處理國務，非徒遵由法令，而遂可謂為克盡厥職也。徵諸行政實際，公務員之職務上，既無法規之規定，又乏長官之指示，如何處置，有待公務員之自由判斷者甚多。公務員於此，苟明知其處置之方法，不利於國家，或不熟計國家之利害，而逕為之，縱不違反法律，抵觸命令，然已違反忠實之義務矣。公務員服法務第一條：「公務員應恪守誓言，忠心努力，執行職務。」第六條：「公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得利用職務上之機會，加損害於人。」第七條：「公務員執行職務，應力求切實，不得畏難規避，互相推諉，或無故稽延。」第十七條：「公務員執行職務，遇有涉及本身或其家族之利害事件，應行迴避。」第十八條：「公務員

不得利用視察、調查等機會，接受地方官民之招待或餽贈。」第十九條：「公務員非因職務之需要，不得動用公物或支用公款。」第二十條：「公務員職務上所保管之文書財物，應盡善良保管之責，不得毀損、變換、私用，或借給他人使用。」蓋即關於公務員忠實義務之規定也。（註五九）

四 嚴守秘密之義務 嚴守秘密之義務，謂公務員不能洩漏公務上秘密之義務。蓋公務員所處之地位，便於知悉國家之秘密，若不嚴守，對於國家公務之進行上，必生種種之損失，而致莫大之影響。故各國法規，多明定公務員嚴守秘密之義務，而以此項義務之違反，為刑事責任或懲戒責任發生之原因。其在我國，刑法有處罰之規定（參照刑法一三二條，一三三條，三一八條），刑事訴訟法及民事訴訟法，有限制之規定（參照刑事訴訟法第一六六條，民事訴訟法第三〇七條四款）。公務員服務法，對此尤為注意。該法第四條規定曰：「公務員有絕對保守政府機關機密之義務，對於機密事件，無論是否主管事務，均不得洩漏；退職後亦同。公務員未得長官許可，不得以私人或代表機關名義，任意發表有關職務之談話。」公務員嚴守秘密義務之必要，從可知矣。

五 保持品位之義務 保持品位之義務，謂公務員應重廉恥，修素行，誠實、清廉、謹慎、勤勉之義務。蓋公務員立於國家機關之地位，為國家政務之執行者，苟不顧廉恥，不修素行，則不特自貽不重不威之誚，且影響於國家之威信，損害國務之進行矣。公務員服務法第五條規定：「公務員應誠實、清廉、謹慎、勤勉，不得有驕縱貪惰奢修、放蕩、及冶遊、賭博、吸食烟毒等足以損失名譽之行爲。」職是故也。

六 不爲一定行爲之義務 除上述義務外，公務員尙有不爲一定行爲之義務，其義務略有下列三種：

a 公務員對於屬官，不得推荐人員，並不得就其主管事件，有所關說或請託（第十五條）。

b 公務員對於有隸屬關係者，無論涉及職務與否，不得贈受財物，公務員於所辦事件，不得收受任何餽贈（第十六條）。

c 公務員對於下列與其職務有關係者，不得私相貸借，訂立互利契約，或享受其他不正利益。一、承辦本機關或所屬機關之工程者；二、經營本機關或所屬事業來往款項之銀行、錢莊；三、承辦本機關或所屬事業公用物品之商號；四、受有官署補助費者。

此外尙有應注意者：（一）該法適用之對象，不限於狹義之公務員，而包含受有俸級之公務員，及其他事業機關之人員（第二十四條），如中央銀行行員、公路局職員等，均適用該法。（二）公務員違反該法時，應按情節之輕重，予以懲戒，其觸犯刑法者，並應依刑法處罰（第二十二條）。公務員有違反該法之行爲，該管長官知情而不依法處分者，應受懲戒處分（第二十三條）。

第四節 公務員之權利

公務員關係成立以後，公務員對於國家，既負有相當之義務，復享有相當之權利，其權利有左列四種：

一 俸給權 俸給者，國家對於公務員服務義務之報酬，以充足公務員相當之生活費用爲主旨，於公務員關係存續中，所負擔之公法上金錢債務也。公務員對於國家享有領取此種俸給之權，卽爲俸給權，其特色在於不僅爲勞務報酬，亦不僅爲生活費用，而兼具兩種性質。故俸給之多寡，恆視其事務之繁簡，責任之大小，地位之尊卑，及生活程度定之。俸給權，因係公法上之金錢債權，故遇有爭執時，應依行政訴訟爲之，不得以民事訴訟爲解決爭執之手段。（註六〇）

二 卹金權 卹金者，國家爲酬公務員在職中服務之勞，並使其安心工作起見，於其退職以後，所負擔之公法上金錢債務也。此就公務員言之，卽爲卹金權。蓋如前所述，公務員在官之時，應竭其心力，爲國服務，不許兼營商業，以充其生活之資源。故如公務員一旦因年邁不勝職務，或因公致於死傷，不能繼續工作時，已身固廢養無資，家屬亦嗷嗷待哺，苟保護之無途，甯貪污之得免，故各國多有撫卹公務員之法律。我國關於公務員撫卹之主要法規，爲公務員卹金條例。該條例分卹金爲公務員年卹金、公務員一次卹金、遺族年卹金、遺族一次卹金四種，對於各個卹金權之發生、消滅、領受卹金人及卹金金額等，均有詳密之規定。茲按其規定，分述於次：

（一）公務員年卹金 該條例第四條規定，公務員有左列情形之一，經證明屬實者，得按其退職時俸給五分之一，給予年卹金；但受卹者爲委任警官或長警時，得按其退職時俸給之半額至全額酌給之。

1 因公受傷或致病，至成殘廢，或心神喪失，不勝職務。

2 在職十五年以上，身體殘廢不勝職務。

3 在職十五年以上，勤勞卓著，年逾六十，自請退職，但長警年逾五十，得退職受卹。

公務員年卹金之支給，自該公務員退職之次月起，至亡故之月止（第十三條）。又此項年卹金自該公務員退職之日起，二年內不請求時，其權利消滅（第十七條）。

（二）公務員一次卹金 該條例第五條規定，公務員因公受傷或致病，而未達殘廢或心神損失之程度者，得於其退職時兩個月俸給之限度內，酌給一次卹金，但受卹者為委任警官時以三個月之俸給為率，為長警時，以六個月之俸給為率。又第六條規定，依前條受卹後，在一年內，因傷病增劇，以致殘廢或心神喪失者，得依第四條一款，給予年卹金，但已給之一次卹金，應扣除之。

（三）遺族年卹金 遺族年卹金之領受者，為亡故公務員之遺族，而非公務員自身。故領受遺族年卹金之權利，原非公務員自身之權利，惟其權利之發生，亦由於公務員關係之成立，其權原與前者相同，故亦一併言之。

該條例第七條規定，公務員有左列情事之一者，得按其最後在職時俸給十分之一，給予遺族年卹金，但對於委任警官，得以其最後俸給七分之一為率，對於長警，得以其最後俸給三分之一為率。1 因公亡故。2 在職十五年以上病故。3 依第四條受年卹金未滿五年而亡故。

遺族年卹金之支給，自該公務員亡故之次月起至左列事由發生之日止：1 其妻亡故或改嫁；2 其子女已成年；3 其孫子或孫女或弟、妹已成年；4 殘廢之夫或殘廢之成年子女，能自謀生或亡故之時；5 其父母或祖父、母亡故（第十四條）。又此項年卹金，自該公務員死亡之日起，三年內不請求時，其權利消滅（第十八條）。

（四）遺族一次卹金 此有二種情形：

甲 依該條例第八條規定，公務員因公亡故，除依前條給予遺族年卹金外，得於其最後在職時兩個月俸給之限度內，酌給遺族一次卹金；但對於委任警官，以四個月之俸給為率，對於長警，以十個月之俸給為率。

乙 該條例第九條規定，公務員在職亡故者，依左列規定，給予遺族一次卹金：

1 在職三年以上六年未滿者，按其最後在職時兩月之俸額給卹，但對於委任警官，以三個月為率，對於長警，以四個月為率。

2 在職六年以上九年未滿者，按其最後在職時三個月之俸額給卹，但對於委任警官，以四個月為率，對於長警，以五個月為率。

3 在職九年以上十二年未滿者，按其最後在職時四個月之俸額給卹，但對於委任警官，以五個月為率，對於長警，以六個月為率。

4 在職十二年以上十五年未滿者，按其最後在職時五個月之俸額給卹，但對於委任警官，以六個月為率。

對於長警，以七個月為率。（註六一）

（五）遺族領受卹金之順序及其分配方法 該條例第十條規定，亡故者之遺族，領受卹金之順序如下：1 亡故者有配偶時，其配偶，但亡故者之夫以殘廢不能謀生者為限；2 無前款遺族時，其未成年之子女，但成年而殘廢不能謀生者，亦得領受；3 無以上之遺族時，其未成年之孫子暨孫女；4 無以上遺族時，其父母；5 無以上遺族時，其祖父、母；6 無以上遺族時，其未成年之同父弟、妹。

又該條例第十五條規定：「依第十條之遺族順序，第一款遺族亡故或改嫁時，其卹金得分別移轉於第二款遺族領受，經移轉後，領受卹金人未成年亡故時，並得分別移轉於第三款遺族承受。第十條第一款遺族亡故或改嫁，如無次款遺族時，其卹金得按照順序，分別移轉於其餘各款，但有一款為限。」第十六條規定：「依本條例得領卹金之遺族有數人時，其卹金應平均領受之；如有一人或數人，願棄其應領部分者，得以該部分卹金，勻給其他有權領受之人。」

（六）卹金權之喪失及停止 該條例第十一條規定，有下列情形之一者，喪失其領受卹金之權利：1 褫奪公權無期，2 喪失中華民國國籍。第十二條規定，有下列情事之一者，停止其領受卹金之權利：1 褫奪公權尚未復權，2 依第四條各款之規定，受年卹金後再度任職。

三 職務上實費償還請求權 公務員因執行職務，而支出特別費用時，有向國家要求償還其費用之權，

是爲職務上實費償還請求權。此在一般公務員恆爲旅費，在外交官等特殊公務員，則爲交際費服裝費等。各國通例，職務上實費之償還依法令所定之標準計算，不必以其實際之支出額爲準，所以昭畫一也（參照國內出差旅費規則使館領事館職員支給川資裝費規程）。

四 身分保障權 公務員之身分保障權，謂公務員非由法定條件，非基法定手續，不受免職停職處分之權利也。攷諸行政學理論，保障公務員身分，使其安心供職，爲推行政務增加行政效率之基本條件。是就國家之立場言，公務員任期之應有保障固矣。卽就公務員之利害言之，如後所述，國民一旦服官，除國民應有之義務外，尙有忠實服務、保持品位、服從長官等義務。使以此重重義務之身，而有五日京兆之念，言私則生活不安，於公則曠廢國務，殊非國家設官分職之道。故各國法律，恆予事務官以身分之保障，無故不得使其去職，以重國務。我國丁百廢待舉之會，制度未臻完密，關於公務員之身分保障，尙乏一般之規定。傳統所驅，事勢所至，每使屬官隨長官之交卸而更代，長官以私情爲遷調，屬官視職位如傳舍，公務員因無身分保障可言，國務亦坐是多所曠廢。故論政之士，恆以保障公務員身分爲當務之急，此論是矣。惟徵諸各國經驗，保障公務員身分太過，機關泄沓成風，亦有使政務遲鈍不進之虞。且我國公務員之任用，由考試出身者甚少，半由資格，半自授引，來源不正，根底欠佳，倘不問實際，概予保障，不特與建國時期，應用新進有爲分子之義不合，且適足以害政務之發展。故立法者今後對於公務員身分保障問題，應折衷其間，斟酌取捨，不可徒驚於一偏也。（註六二）（註六三）

第五節 公務員之責任

公務員與國家之間，具有特別之權力服從關係，而為公法上勤務關係之最主要者，有如前述（參照本書第一編第六章第四節），故公務員之於國家，除享有相當之權利，負有相當之義務以外，尤負有相當之責任焉。公務員之責任云者，公務員違反其義務時，法律上科以一定制裁之謂也。公務員違反義務之結果，有僅侵害國家之勤務請求權者，亦有同時觸犯刑章，或損害私人財產上利益者，故公務員之責任，亦可分為（甲）侵害國家勤務請求權之懲戒法上責任，（乙）觸犯刑章之刑法上責任，及（丙）損害私人財產之民法上責任三種，以次分述之。

（甲）懲戒法上之責任

公務員對於國家，負有服忠實的無定量勤務之義務，已如前述，故如公務員違反此項義務時，即為對於國家勤務請求權之違反，應負懲戒法上之責任，國家可加以懲戒。

懲戒者，國家為維持官紀，依其特別權力，對於公務員之違反義務行為，所加之處罰也。就其為一種處罰言，與刑罰相同，然其目的在維持官紀，其對象限於公務員，其處罰原因，又限於公務員違反義務之行為，故與刑罰之以維持社會秩序為目的，一般國民為對象，並以社會秩序之危害，為其處罰之原因者，完全不同。（註六四）

國家對於違反公務員義務之公務員，得加以懲戒，爲其特別權力關係之當然結果，原無俟法律之特別規定。惟各國爲保障公務員計，咸制定關於公務員懲戒之法律，以限制懲戒權之發動，激勵公務員之自愛。我國關於公務員懲戒之主要法規，則爲公務員懲戒法，茲按其規定分爲：一、懲戒之事由，二、懲戒之種類，三、懲戒之機關，四、懲戒之程序，及五、懲戒處分與刑事裁判之關係五點，敘述於次（註六五）。

一 懲戒之事由 公務員懲戒法第二條規定：「有左列各款情事之一者，應受懲戒：1 違法，2 廢弛職務或其他失職行爲。」此項規定，至爲簡賅，其含義如何，應由懲戒機關，根據法規，比照事實定之。

二 懲戒之種類 依公務員懲戒法規定，懲戒有1 免職，2 降級，3 減俸，4 記過，5 申誡等五種（第三條一項）。免職，除免其現職外，並於一定期間停止其任用，至少爲一年（第四條）。降級，依其現任之官級，降一級或二級改敘，自改敘之日起，非經過二年，不得敘進。受降級處分而無級可降者，比照每級差額，減其月俸，其期間爲二年（第五條）。減俸，依其現在之月俸百分之十或百分之二十支給，其期間爲一年以下（第六條）。記過者，自記過之日起，一年內不得進級，一年內記過三次者，由主管長官，依前條之規定減俸（第七條）。申誡，以書面或言詞爲之（第八條），降級、減俸及記過，於選任政務官及立法委員、監察委員不適用之（第三條二項）。

三 懲戒之機關 公務員懲戒法第十條規定，監察院認爲公務員有第二條所定情事，應付懲戒者，應將彈劾案連同證據，依左列各款規定，移送懲戒機關。

六

1 被彈劾人爲選任政務官者，送中央黨部監察委員會。

2 被彈劾人爲前款以外之政務官者，送國民政府（參看國民政府政務官懲戒委員會處務規程）（註六）

3 被彈劾人爲事務官者，移送公務員懲戒委員會（參看公務員懲戒委員會組織法）（註六七）（註六八）

同一懲戒事件被彈劾者不止一人，而不屬同一懲戒機關者，應移送官職較高者之懲戒機關，合併審議。薦任職以下公務員之記過或申誡，得逕由主管長官行之。

四 懲戒之程序 懲戒之程序，頗爲複雜，茲爲分類析述於左：

1 提出 各院部會長官，或地方最高行政長官，認爲所屬公務員，有第二條所定情事者，應備文聲敘事由，連同證據，送請監察院審查，但對於所屬薦任職以下公務員，得逕送公務員懲戒委員會審議（第十一條）。

2 調查 懲戒機關於必要時，對於受移送之懲戒事件，得指定委員調查之（第十三條），並得委託行政或司法官署調查（第十四條）。

3 申辯 懲戒機關，應將原文件，鈔交被付懲戒人，並指定期間，命其提出申辯書，於必要時並得命其到場質詢，被付懲戒人，不於指定期間內，提出申辯書，或不遵命到場者，懲戒機關，得逕爲懲戒之議決（第十五條）。

4 停職 懲戒機關對於受移送之懲戒事件，認爲情節重大者，得通知該管長官，先行停止被付懲戒人之

職務。長官於送交審查後，認為情節重大者，亦得依職權先行停止其職務（第十六條）。

5 議決 懲戒機關之議決，以出席委員過半數之同意定之。出席委員之意見，分三說以上，不能得過半數之同意時，應將各說排列，由最不利於被付懲戒人之意見，順次算入次不利於被付懲戒人之意見，至人數達過半數為止（第二十條）。懲戒委員會委員之迴避，準用刑事訴訟法關於推事迴避之規定（第十九條，參看刑訴法第十七條）。

6 通知及報告 依公務員懲戒法第二十一條規定：「懲戒機關之議決，應作成議決書，由出席委員全體簽名。前項議決書，應由懲戒機關，送達被付懲戒人，通知監察院及被付懲戒人所屬官署，並送登國民政府公報或省政府公報。」第九條規定：「懲戒處分，由中央公務員懲戒委員會議決者，應於決議七日內，連同議決書三份報告司法院。被懲戒人爲薦任職以上者，由司法院呈請國民政府，或通知其主管長官行之；爲委任職者，由司法院通知其主管長官行之，均應通知銓敘部。懲戒處分由地方公務員懲戒委員會議決者，應於議決後七日內，連同議決書，通知被付懲戒人之主管長官行之，並應同時報告司法院及銓敘部。」

五 懲戒處分與刑事裁判之關係 依公務員懲戒法規定，懲戒處分與刑事裁判之關係，略如次舉。

- 1 懲戒機關對於懲戒事件，認為有刑事嫌疑者，應即移送該管法院審理（第二十二條）。
- 2 同一行爲，已在刑事偵查或審判中者，不得開始懲戒或程序（第二十三條）。

3 同一行爲，在懲戒程序中，開始刑事訴訟時，於刑事確定裁判前，停止其懲戒程序（第二十四條）。

4 就同一行爲，已爲不起訴處分，或免訴，或無罪之宣告時，仍得爲懲戒程序（第二十五條）。

5 同一行爲，雖受刑之宣告，而未褫奪公權者，仍得爲懲戒處分（第二十六條）。

蓋如前所述，懲戒處分與刑罰，根本殊其性質，故不適用「一事不再理之原則」。惟以事實上二者時相關聯，故遵守「刑事先理之原則」，以謀實際上之便利。（註六九）

（乙）刑法上之責任

刑法上之責任，謂公務員觸犯刑章時所負之責任，國家之制定刑法，所以預防犯罪而維持社會秩序也。公務員以其個人之資格，觸犯刑章，準諸刑法平等之原則，應按照刑法，論罪科刑，刑法學中固言之詳矣，毋俟贅述。然公務員以其國家機關構成員之資格，而爲與其職務有關之犯罪，在行政法學上，亦有敘及之必要。此項犯罪，又可分爲職務犯與準職務犯二種。職務犯，謂以公務員資格而爲之犯罪，其行爲亦可別爲二種：一爲放棄或濫用職權行爲，如委棄守地，枉法裁判，不正訴追，不正執行，額外浮收及洩漏祕密等是（參照刑法第一二〇條，第一二四條至第一三三條）；二爲賄賂行爲，如要求期約，收受賄賂，或其他不正當利益之行爲是（參照刑法第一二一條至第一二三條）。至於準職務犯，則爲公務員以外之一般人民，亦得爲之之犯罪，特公務員觸犯之時，則較一般人民，加重其刑。例爲一般人民「意圖爲自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處

五年以下有期徒刑，拘役或併科一千元以下罰金」而公務員對於公務上所持有之物，犯此項之罪者，則處「一年以上七年以下有期徒刑得併科一千元以下罰金」之刑法第三三五條及第三三六條規定是也。

(丙) 民法上之責任

民法上之責任，謂公務員當行使職務之際，因不法行為，而加害於私人時，應賠償其損害之責任。依學者通說：公務員之行使職務，係立於國家機關構成員之資格，為國家而為之行為，倘發生損害賠償問題，應由國家代負其責，而不發生個人之責任問題。然此僅限於適合法令之行為而已。倘為不法行為，即因公務員之故意或重大過失，違背對於第三人應執行之職務，而致第三人之權利受損害者，則該行為已失其機關行為之性質，即與國家無關，而應由公務員自負其責任，方合情理之平。我國民法第一百八十六條規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，負其損害賠償責任；其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負損害賠償責任。」蓋即本於上述之理論者也。再就此條規定觀之，有應注意者六：即（1）須違背對於第三人應執行之職務；（2）須第三人之權利受損害；（3）須受損害與違背職務有因果關係；（4）須被害人非依故意或過失，未為得依法律上救濟方法，除去其損害之舉動；（5）須公務員有故意；及（6）其因公務員之過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限是耳（參照民法第二十八條，第一八四條，第一八八條）。

(註七〇)

尙有應注意者，公務員常執行職務之際，因不法行爲，而致私人受損害者，同時亦常使國家受損害，其私人並未受損害，而國家獨受其害之情形亦往往有之。關於私人部分，既如前述，其加害於國家者，公務員有無損害賠償之責任，亦成問題。關於此點，多數學者咸謂公務員與國家之關係，爲公法關係，而非私法關係，故除一二法規特定公務員對國家之賠償責任者外（如會計法第一二一條），應不適用民法上僱傭關係之規定，即解爲原則上不負賠償責任。然依吾人見解，此應觀察各個情形，而分別解決。倘公務員之行爲，在不害其爲機關行爲之程度內，則不啻國家自身之行爲，固無向公務員請求賠償之理；使其行爲，係由於公務員之故意或重大過失時，則已失其爲機關行爲之性質，國家所受之損害，自得向公務員請求賠償。

第六節 公務員關係之變更及其消滅

（甲）公務員關係之變更 促使公務員關係變更之原因，不外轉官、轉職及停職三種。由一官職而調任他官職者，謂之轉官；在同一官職之內，由一職而轉補他職者，謂之轉職；被命暫時停止其職務之進行而不失公務員之身分者，謂之停職。依學者通說，轉職以國家之單獨意思行之；轉官，則進諸任官行爲以受任者之同意爲其前提之事實，非得公務員本人之同意不得爲之。至於停職，略有（1）在監察院彈劾或懲戒機關審議中認爲情

節重大者，(2)關於刑事案件繫屬於法院者，(3)因機關廢止或合併而原缺裁撤者，及(4)因機關組織變更或經費減縮，其缺額裁減者四種原因。在(1)(2)兩情形，公務員停職期間，僅以其事件審議未完竣，或審判未決定者為限，一旦審議完竣或審判程序終結，如未受免職處分或科刑之判決者，應許其後復職，並補給停職期間之薪俸。在(3)(4)二項情形，其停職期間，須特別指定，而於停職期內，隨時可命其復職，其停職期滿而未復職者，始為退職。

(乙)公務員關係之消滅 公務員關係之消滅，有由於一定之事實者，有由於一定之行爲者。前者如死亡，喪失國籍，受褫奪公權之宣告，停職期滿而仍未復職及受刑之宣告是；後者如辭職及免職是。由於一定之事實而消滅公務員關係者，其理至顯，無俟申述（參照本章第二節）。茲專就由於一定行爲之辭職及免職言之。

一 辭職 公務員除法律上明定其不得辭職者外，無論何時，均得辭職。國家對於公務員之辭職，不得拒絕之。蓋如不承認公務員辭職之自由，則為公務員者，終身不能脫其義務，此種終身的隸屬關係，不特與近世法律思想不能相容，亦不特使人民失其抉擇職業之自由，且未必為國家之利。惟公務員之辭職，須得國家允許，始生效力，在未獲允許以前，其服官義務，固未消滅也。

二 免職 除公務員自請辭職者外，亦有反乎公務員個人之意思，而由國家之單獨意思，將其免職者，其最顯著者為被付懲戒結果之免職，除此以外，國家得將公務員免職與否，則因公務員之種類而不同。就文官言，

大抵司法官之任期保障，較行政官爲強，同一行政官中，事務官不得無故免職，而政務官則否，凡所以維持司法獨立之精神，與尊重國務之繼續性也。我國除司法官之無故不得免職，法院組織法已著明文外，關於行政官之保障規定，尙付闕如，國家儘可隨時將其免職也。

第三編 行政行爲法

第一章 行政行爲之概念及其種類

行政行爲一語，並非法令上之用語，而爲學理上之用語。蓋在民法上，因當事人之意思表示，而發生法律效果時，爲其效果發生原因之法律事實，稱爲法律行爲。在行政法關係上，除法律效果，直接依法規而發生，於法規之下，無須另有其他意思表示者外，其依私人之意思表示，行政權之意思表示，或行政權與私人雙方意思表示之結合，而發生法律上之效果者甚多，此時爲其法律效果發生原因之意思行爲，適與民法上法律行爲之觀念相當，法律雖未賦與一定之名稱，自不妨應用民法之用語，而稱之爲公法的法律行爲。惟在公法的法律行爲之中，有純依私人意思表示而成之行爲，完全不包含行政權之作用，自不能包括於行政行爲觀念之中，故別稱爲私人的公法行爲，而與行政行爲相區別。至於以行政權之意思表示爲構成要素，從而發生法律效果之行爲，則爲行政權之公法的行爲，適與民法上法律行爲之觀念相當，故可稱爲法律行爲之行政行爲。

在法律行爲以外，另有一種行爲，與法律行爲之觀念不盡相同；然其以意思行爲爲法律效果之發生原因，又與法律行爲相似，故民法學者稱之爲準法律行爲。原則上準用民法關於法律行爲之規定，此種行爲，與法律行爲之差異，在於法律行爲，以效果之意思表示，爲構成要素，依其意思之內容，而發生效果；準法律行爲，則不以效果意思爲要素之意思行爲，其效果之發生，與意思之內容，並無關係。行政權行爲之爲法律效果發生原因者，亦與此種觀念相常，故可稱爲準法律行爲之行政行爲。

行政行爲之觀念，通常係指法律行爲之行政行爲，及準法律行爲之行政行爲而言，由學理之觀點言之，自亦以兼合兩者爲當。學者固有認爲行政行爲，爲汎指行政權之一切作用而言者，亦有認爲行政權制定法規之行爲，以及一切行政權所爲之行爲，均屬行政行爲者。然學理上之觀念，必須有學理上之價值，由此觀點言之，上述二義，誠有未當。蓋如以行政行爲，爲汎指行政權之一切作用而言，則事實的作用，法律的行爲，公法的行爲，私法的行爲等，均應包括在內。而此數種行爲，除在形式上，均爲行政機關所爲之行爲外，別無何種共通之法律特質，此種籠統之定義，殊無學理上之價值也。再如以行政行爲，係兼指行政機關制定法規之行爲而言，則不啻蔑視立法行爲與行政行爲性質上之區別，與行政行爲係立於法規之下之行爲之基本概念，亦不相合理論上自難謂爲適當，職是之故，故吾人謂行政行爲，係指上述之法律行爲及準法律行爲而言。（註七一）

第一節 行政行爲之概念

行政行爲云者，係立於法規之下，爲某種法律效果發生原因之意思行爲；而以行政權之公的意思表示，或其心理表示，爲其主要構成要素者也。其觀念之要點有四：第一，行政行爲爲法律行爲，即係爲法律效果發生原因之意思行爲；第二，行政行爲，係立於法規之下而爲之行爲；第三，行政行爲爲公法的行爲，即以公法的意思表示，或與其相當之表示，爲其主要構成要素；第四，行政行爲，係行政權之行爲，即係以行政權之意思表示，或其他表示，爲其主要構成要素。以次就此四者，分別說明之。

一 行政行爲以法律行爲爲限 倘以行政作用一語，係包括一切行政權之作用而言，則行政作用之大部分，均爲事實上之作用。所謂事實上之作用，係指整理文書，教練學生，編製統計，處理雜務等，完全不生法律效果之事實上動作，或縱使發生某種效果，而其效果之發生，完全繫於外界之事實上狀態或事件之作用而言。凡此事實上作用，固非全無法律上關係之作用，其影響於法律關係者，亦往往有之（如巡警之巡邏街道，雖僅爲事實上之動作，然亦係公務之執行，若怠爲之，則爲執行職務義務之違反，若他人加以妨害，則構成刑法上之公務執行妨害罪。又如撲殺罹患傳染病之耕牛，固爲事實上之作用，然因此而生消滅法律上所有權之效果。）惟其行爲自身並無發生法律上效果之力量，僅因其行爲之後，具有物理的生理或心理的效果，故亦發生法律上

關係而已。

行政行爲之觀念，則與上述之事實行爲相反，其自身具有發生法律上效果之力量，爲法律上所承認之行爲。例如逮捕人民而監禁之，固爲事實上之作用，其所以發生法律效果，僅由於事實上剝奪身體自由之物理現象之結果。然對於人民所發之「汝因某種原因，應被逮捕，且應服從逮捕」之命令，則爲行政行爲，因其並非物理現象之結果，而具備頒發此種命令之法律上力量故也。此類行政行爲，或爲意圖發生某種效果之意思表示，或爲判斷、認識、觀念等，其他心理之發現，然並非物理之力，而爲其自身具有發生某種法律效果之力量，與法律行爲觀念之要點相合，故行政行爲爲法律行爲之一種。

因法律行爲而生之某種法律效果，通常稱爲法律上之效力，故所謂法律行爲，即發生法律上效力之行爲之謂；然亦有外形上雖具備法律行爲之要件，而因缺乏發生效力之必要條件之故，以致不生效力者，是爲法律行爲之無效，在行政行爲上，無效之問題，亦具有重要之意義，有如後述。若僅以行政行爲爲具有發生某種法律上效果之力之行爲，即以其爲有法律上效力之行爲，則行政行爲之無效云云，誠不免觀念矛盾之謂，蓋無效之行爲，根本上並非行政行爲也。然如外形上已具備行政行爲之要件，縱令實際上爲無效，其果屬無效與否，仍有待於有權限官署之判斷，而後確定，在其未爲判斷以前，其無效與否，仍在未定之狀態，一般人民固不得自認爲無效，而否認其效力也。職是之故，縱係本屬無效之行爲，然如外形上具備行政行爲，當確定其無效以前，殊不

能不認其爲有效之行政行爲，由此意義言之，亦可謂無效之行政行爲，不失爲行政行爲之一種，與行政行爲之完全不存在不同。關於此點，當於論行政行爲之無效時，再申述之。

行政行爲，固爲法律的行爲，即發生某種法律效果之行爲，然因行政行爲所生之法律效果，初不以公法的效果爲限，發生私法上效果之行政行爲，亦往往有之。如後所述，行政行爲固爲公法的法律行爲，與私法上之法律行爲或準法律行爲有別，然其所以爲公法行爲者，在於爲其構成要素之意思表示，或其他心理表示，係公法的，非謂其所生效果，必爲公法上之效果也。如由效果言之，則因私法上之法律行爲，而發生公法上效果有之，因行政行爲，而發生私法的效果者，尤屬不鮮。因公法關係，係國家與人民間之不對等關係，以不依私人之意思而左右爲原則之故。故私法上之法律行爲，而發生公法的效果者較少，所可舉者，僅有民事訴訟法上，因當事人之合意，而定其管轄法院，當事人互約不爲上訴，因裁判上之和解，而終結訴訟手續，及行政法上，因私法上之法律行爲，而讓與有財產價值之公權，或公法上之利益等數例而已。反之，因國家的公法行爲，而發生私法的效果者，則因國家係當私法秩序保護監督之任，而有參與私法關係之權之故，其例甚多，尤其國家關於民事之行爲，殆可謂爲其中之大部分，均以發生私法的效果爲目的。如行政官署，有保護監督著作權、工業所有權等私權之責任，其實施保護監督之行爲，形式上固爲行政行爲，實質上則有民事之性質，即多以發生私法的效果爲目的，即其適例。

二 行政行爲係立於法規之下而行之行爲 形式意義之立法行爲，即經立法機關議決而制定法律之行爲，固與行政行爲有別；實質意義之立法行爲，即一切制定法規之行爲，其中未經立法機關議決，實質上亦與法律相同，具有法規之拘束力者，形式上亦與一般行政行爲有異，蓋其須以命令之形式公布故也。然此種以命令形式規定者，其規定之內容，未必常爲法規的，其性質上屬於行政行爲者，亦屬數見不鮮，通常稱之爲行政規則，如營造物規則、一般之職務命令及訓令等，均其適例。彼等形式上雖與法規相同，而以命令之形式定之，然性質上仍不外爲行政行爲也。

三 行政行爲之公法的行爲 公法的行爲，謂國家或其他行政權主體，與其相對人之私人或團體間之關係。以公法的意思表示或其他表示爲構成要素，並因而發生法律效果之行爲也。如前所述，行政行爲所以爲公法的行爲者，並非因其效果爲公法的，而在爲其構成要素之表示，係公法的。就其爲公法的表示而言，不同其爲私人對國家所爲之表示，或國家對私人所爲之表示，固屬相同，然並非國家與私人立於同一之地位，當應於不平等關係之下行之，倘國家與私人關係之意思表示，係國家與私人立於對等地位時，則爲私法上之法律行爲，而不屬於行政行爲矣。如政府需要物品之購買，工程承攬契約之訂立，官有財產之標賣等，雖由行政機關爲之，亦非行政行爲。此類行爲，固非與公法毫無關係，因其既係行政機關代表國家爲之，則公法上自必定有行政機關應守之制限，然此類行爲爲自身，究屬私法行爲，其行爲之形式與效力，悉依私法之規定，如有爭執，亦應以民

事訴訟決之。行政行爲，則與此類行爲不同，僅於行政機關，以其優越之意思力，對於相對人時見之。

行政行爲，因係行政權優越意思之表現，以其意思表示或其他心理表示，爲其主要之構成要素，然行政行爲之觀念，係汎指有發生一定法律效果之力，而爲法律上所承認之全部法律事實而言。故行政權之意思表示，非必卽爲行政行爲，法律時或僅以行政權之意思表示，卽可發生一定之法律效果。無加入其他法律事實之必要，此時意思表示因與行政行爲同其範圍，不妨謂意思表示，卽屬行政行爲。然多數之行政行爲，僅表示某種之意思，尙不能發生一定之法律效果，或須其表示爲相對人所受領，或以相對人之同意爲必要，或須得上級官署之認可，或以相對人之聲請爲要件，甚或以相對人之在場爲必要，情形固甚複雜也。要之，行政行爲之觀念，係指有發生一定法律效果之力之法律事實全體而言，雖以行政權之意思表示，爲其主要構成因素，然未必僅依行政行爲而成立。猶私法上意思表示之觀念，與法律行爲之觀念，有區別之必要者然，行政法上意思表示之觀念，與法律行爲之觀念，亦有區別之必要也。

四 行政行爲係行政權之行爲 是爲行政行爲與司法行爲之區別。行政行爲與司法行爲，其爲國家行爲，就其爲立於法規之下而行之公法行爲而言，二者固有共通之性質，其區別之點，在於司法行爲，實質上爲關於民事刑事之行爲，形式上爲司法機關所爲之行爲。至其法律上之性質，行政與司法誠無所異，兩者均受共通原則之支配。故訴訟法上若干原則，爲行政法所適用，行政法上原則之可適用於訴訟法者，亦屬甚多。訴訟法學

與行政法學之總則部分，不乏共通之理論。然行政法學所論究者，限於行政之作用，而未及於司法權之作用，故縱令其性質相同，以行政法學之研究對象言，行政行爲之觀念，與司法行爲之觀念，仍有區別之必要也。

要之，行政行爲，爲行政權之作用，故有與司法行爲區別之必要；且在同一行政權作用之中，行政行爲既應與事實上之作用相區別，復應與制定法規之行爲相區別，其與行政權作用之私法的法律行爲，則更有區別之必要焉。

第二節 行政行爲之種類

行政行爲之種類如次：

一 行政行爲，依其係由行政權單獨之意思表示而成立，或以相對人之同意爲必要，因雙方之意思表示而成立，而分爲單獨行爲（行政處分）與雙方行爲（公法上契約）。關於此點，當於本編第四章中，更詳論之。

二 行政行爲，依其係由於行政權之意思表示而成立，按照其意思內容，而發生效果，或由於判斷、認識等表示而成立，不問行爲者之意思內容如何，逕自發生法律效果，而分爲法律行爲的行政行爲，與準法律行爲的行政行爲。其中法律行爲的行政行爲，爲行政行爲之最主要者，更可分爲二種：一爲其效力發生於國家或公共

團體，與其相對人之間；二為國家或公共團體，代其他當事人而為行為，或補充其他當事人之行為，而使其效力歸於該當事人。前者更可依其內容，分為命令的行為與形成的行為；後者亦可分為公法上之代理與認可。關於此等區別，當於本編第三章詳之。

三 行政行為，依其與法規之關係如何，可分為自由裁量行為與羈束行為。自由裁量行為，係法規於一定之範圍內，與行政權以公益酌量之餘地，就其自認為適當之所，而處理公務之權時，依其自由意思而為之行為；羈束行為，則係法規不與行政權以公益酌量之餘地，僅依法規所定，而為執行之行為。

然縱係羈束行為，亦非行政官署全無裁量之餘地，例如對於聲請人應為營業之允許與否，並非行政官署自由裁量之行為，倘其營業不害公益，行政官署即負有不可不加允許之拘束。然其營業果屬有害公益與否，苟法規別無規定，行政官署自有認定之權，在認定上，行政官署固有相當廣泛範圍之裁量權也。顧此種裁量，為客觀事實之認定，猶法院判斷契約效力之際，認定其紊亂善良風俗，妨害公共秩序與否者然，應按照客觀的事實，根據社會上普通見解而判斷之。若其認定有誤，即不免為違法之行為。此時行政官署之裁量，為羈束裁量，並非自由裁量，故其行為，仍為羈束行為。

由另一方面言，縱係自由裁量行為，亦未必為完全自由之行為。蓋任何行政官署，均受應依其一己之良心，就其所認為最適於公益者，而行使權限之法律上拘束，由此一般之意義言之，所有之行政行為，殆無不為羈束

行爲。所謂自由裁量，僅謂行政官署有自行判斷何者爲適於公益之權限而已。在此一般制限之外，行政官署之自由裁量權，仍有一定之限界，僅在該限界內許其裁量，不許超越限界。裁量權之超越，常爲違法行爲。例如應爲某種行政行爲與否，雖任諸行政機關之自由裁量，然裁量權僅限於此，當爲該行爲時，自該行爲之內容，以至實行該行爲所必備之條件，均由法規規定，行政官署對此全無自由裁量之餘地。如法律規定內政部長在某種情形之下，得以禁止出版物之發賣時，內政部長並非受有無論如何，均應禁止出版物發賣之拘束，其實行禁止與否，任諸內政部長之公益裁量。然屬於內政部長之自由裁量者，亦僅此一點而已，其所得爲之行爲，僅限於出版物發賣之禁止，且僅於具備法律所定之一定要件時爲之，此外則爲法律所不許之行爲，使不具備法律所定之要件而逕爲之，亦爲裁量權之超越，即不免爲違法行爲。蓋由於任何行政行爲之結果，而使人民負擔義務，或權利受限制時，均須有法規之根據，必須具備法規所定之要件，始得爲該種類之行政行爲。而其要件具備與否之認定，性質上爲羈束裁量，並非自由裁量，雖法律間或對於侵害人民權利或自由之行爲，並未嚴格限定該行爲之內容，即在某程度內，任諸行政官署之裁量。然此時其裁量權所及之範圍，亦僅限於克達目的之必要限度內，使超越其目的所必要之限度，而侵害人民之權利，拘束人民之自由，則爲超越裁量權範圍之違法行爲。例如法律規定行政官署對於有營業上不正之行爲者，得以禁止或停止其營業，究應禁止抑應停止，固任諸行政官署之裁量，然其裁量並非自由裁量，僅令行政官署視其不正之程度，而判斷有採取何種手段之必要而已。故如命

其停止營業已足，而禁止其營業，或本不須任何行政行為，而令其停止營業，則不免為違法行為矣。

反之，以行政行為，而授與人民以新權利或利益時，除法律有明白規定，或雖無明白規定，而可當然推定其旨趣者外，原則上人民無要求授與權利或利益之權利，故行政官署，亦無不可不授與之義務。故授與與否，屬於行政官署之自由裁量，縱不授與，亦不能視為違法。

四 行政行為，又因其附有附款與否，可分為無條件之行政行為，與附附款之行政行為。關於此點，亦當於本編第三章論之。

五 行政行為，又依其不待聲請，以行政官署之職權，自動的為之，或以人民之聲請為要件，苟無聲請，即無實行之權能，而分為依職權之行為與須聲請之行為。

須聲請行為之最顯著者，為裁判之判決。行政法院之判決，亦適用「不告不理」之原則，惟對於提起訴訟之事項，得為裁判。此外，許可行為亦多以聲請為要件，至於認可，自僅於人民聲請時為之。他如登記等公的證明行為，亦多以聲請為要件。

須聲請之行政行為，更可分為二種：一為聲請與行政行為，為個別獨立之單獨行為；一為雙方相結合，因其合意而發生效果之公法上雙方行為。因訴訟而為判決，因聲請而為認可、登記、試驗等，其為基於聲請之國家單獨行為，固不容疑。此時當事人之聲請，僅為要求國家行為之意思表示，國家雖因之而為行為，然其所以發生效

力，專在於國家之意思，並非國家之意思，與聲請者之意思，同其內容，因雙方意思之合致，而發生效力。蓋聲請僅為使國家為某種行為之要件，國家行為之內容，與聲請之內容互異，係與聲請者之意思分立，而由國家獨自決定者，故國家行為為自身，單獨發生效力。反之，其在形成行為，則多以雙方之意思合致，為發生效力之要件，外形上雖亦係基於聲請，而由國家以單獨行為行之，然其聲請，並非要求國家為某種單獨行為，而係欲取得某種權利，欲負擔某種義務，或欲認定某種法律關係之意思表示。苟行政官署依其聲請，與以權利，使負義務，或為設定法律關係之意思表示，則雙方之意思同其內容，因其合致而發生效力，此際非基於聲請之單獨行為，而為公法上之雙方行為。

六 行政行為，依其以一定形式，為效力發生之要件與否，而分為要式行為與不要式行為。行政行為亦如私法上之法律行為然，倘法律無特別規定，原則上即應認為不要式行為，然行政行為係以公定力而拘束人民，自有使人民明白認識該行為之必要，故行政行為，多係以書面或其他方式，為其有效要件。訴願之裁決與行政訴訟之判決，固應以書面為之，租稅之賦課，亦以納稅告知書或徵稅書為必要，租稅滯納處分，代執行，或科以執行罰時，亦應先以書面督促或戒告。凡此數例，其規定之方式，即為該行為之形式要件，苟缺乏其方式時，即屬無效。至於行政行為，以何種形式為有效要件，則應依各個法律之規定而斷。

七 行政行為，依其為對於特定相對人為之，依到達相對人而發生效力，抑係並無特定之相對人，對多數

之不特定人，成一般公眾爲之，而分爲須受領之行政行爲，與不須受領之行政行爲。須受領之行政行爲，以達到相對人時發生效力爲原則。關於此點，當於本編第二章中，爲詳細之說明。

八 行政行爲又依其爲並非前此其他行政行爲之再審查，而係發生某種新的法律效果的行爲，與再審查前此之行政行爲，或加承認，或予變更，或使其失其效力之行爲，而分爲第一次的行爲，與覆審的行爲。覆審的行爲，有基於職權者，有由於聲請者，其由於聲請之覆審的行爲，即訴願之裁決，行政訴訟之判決是也。（註七）
（註七三）

第二章 公法上之意思表示

公法行爲，不問其爲行政行爲或私人之公法行爲，未必皆以意思表示爲構成要素，如通知行爲等準法律行爲，誠不在少。然因主要之公法行爲，誠由於意思表示而成立，故本章特就意思表示之基本觀念，加以論述。

意思表示，爲公法與私法雙方共通之觀念，公法上之意思表示，與私法上之意思表示，均無所異。蓋皆係以效果意思（即欲發生一定效果之意思）與表示行爲（即將其意思發表於外部之行爲）爲其觀念之要素者也。意思與表示，既爲意思表示之二要素，故欲構成完全之意思表示，必須意思與表示相一致，即欲發生一定

法律效果之意思，必須依照其內容而表示之。然有時意思與表示不一致，缺乏意思之要素；有時其意思之決定，又由於詐欺、強迫、賄賂及其他不正手段之結果。意思表示有此種瑕疵時，即生意思表示之正誤成撤銷之問題。此外，意思表示對於特定相對人爲之時，其表示以達到相對人爲必要。以下就此等問題，論之。

第一節 意思與表示之不一致

意思表示，以意思與表示爲其成立要素，然其中爲意思表示成立上，絕對不可缺之要素者，則爲表示行爲。例如行政院之議決案，未經行政院長對外表示時，尙不能認爲其意思表示業已存在。反之，意思之要素，則非與表示行爲分離。獨立之要素，原則上表示行爲所表示者，即推定爲其真正之意思，故意思與表示不一致時，例如行政院會議之決定，與行政院院長對外所表示者，相齟齬時，亦並不妨礙意思表示之成立，惟僅影響其效力而已。（註七四）

意思與表示之不一致，先應分爲二者，即其不一致由於表意人故意之時，與由於當事人錯誤之時是也。由於故意之時，稱爲心裏保留。民法上規定心裏保留，除相對人明知其爲非真意，或可得而知者外，專依其表示而生效力。其在私人相互之關係上，已屬如此，矧在國家與私人之關係上，自有更堅強之理由，以其所表示者，即爲法律上之有效意思，表意人不得誘爲非真實意思，而否認之。例如公務員並無真正辭職之意思，惟爲挾制長官

起見妄提辭呈，其辭呈在法律上完全有效，表意人不得以非真意爲辭，而主張其無效。與相對人勾結而爲虛僞之意思表示時，依民法規定，原則上爲無效。在公法上之意思表示，行政官署與相對人通謀，而爲虛僞之意思表示，爲不易想像之事實。縱令有此種情形，例如行政官署對於某種事業，並無與以補助金之真意，惟因欲將該金供其他使用，乃與事業中人通謀，促其提出請求補助之呈文，該官署從而與以許可之指令時，其行爲雖或構成刑法上之犯罪，然如其許可之指令，發自有權限之行政官署，相對人又爲法律上可與以補助金之事業時，則該許可自身，並非不待撤銷而當然無效。換言之，公法上之意思表示，苟具備其他之有效要件，不能僅以虛僞之意思表示爲理由，認其爲當然無效也。（註七五）

意思與表示之不一致，實際上多在基於錯誤之時，此又可分爲二種情形。

一爲其錯誤，得依普通之社會見解，由外部認識之時。此時不問其爲私人對行政官署所爲之意思表示，或行政官署對私人所爲之意思表示，均可糾正其錯誤，依其真正之意義，而發生效力。是爲意思表示之解釋問題，蓋凡解釋意思表示，均應以健全之普通人認識爲標準，應依其所表示者，而推斷表意人究係欲爲何種表示，從而定其解釋，故如能由其表示上而爲推斷，自應依其真正意義而定其解釋也。尤其於私人對行政官署所爲之意思表示，因私人未必有正確之法律知識，其表現，在法律上有欠正確者甚多，故不應拘泥於其所表現之文字，尤有就其真意所在，而爲合理推斷之必要。例如應稱爲訴願書者，而竟稱爲訴狀，如由其記載之內容觀之，可推

斷其係提出訴願時，自應視為有效之訴願書。行政官署所為之意思表示，亦與此同其原則，不問其錯誤，為由於印刷之錯誤，文字記載之錯誤等表示之錯誤，或由於事實認定不足，或法律知識不足之決定上錯誤，苟其錯誤得由外部而認識時，自可糾正其錯誤，依其真正之意思，而發生效力也。

民法學者所謂法律行為之轉換，亦係得由外部認識其錯誤之情況之一。法律行為之轉換云者，謂法律行為表面上所表示之內容，固不能發生效果，而應為無效，然當事人之意思，未必與其表示之內容相同，當可推定為係欲發生與其相近之效果時，則發生與其表面表示不同之別種法律效果。例如錯誤之地上權設定契約，其地上權之設定，固屬無效，然不失為有效之借貸借契約。是行政行為上亦不乏此種情形，例如市立公園之土地，為公共用物，不能成為民法上契約之標的，故如市政府以公園土地之一部，與特定人成立地上權設定契約時，其地上權之設定，固屬無效，然不失為公法上占用許可之行政行為。要之，所謂法律行為之轉換，為意思表示之解釋問題，即不外「意思表示，不應拘泥於其所表現之文字，而應依其真正意圖之所，而為解釋」之原則之適用也（民法第九八條參照）。

一為其錯誤，依普通之社會見解，不能由外部認識之時，此時不問其為私人之公的意思表示，或行政官署之意思表示，表示人之意思，不外依其所表示者而判斷，故如其表示，係由有正當權限者為之，縱令其所表示者，與真正之意思不同，尚應依其表示之內容，發生效力，惟在許其正誤或撤銷之時，始因正誤或撤銷之結果，失其

效力，例如議事規則規定，議員贊成某法案者投白票，反對者投青票，某議員誤以白票爲反對票，而誤投時，仍發生贊成某法案之意思表示之效果。民法對於私法上之法律行爲，有錯誤之意思表示無效之規定，此種規定，不適用於公法上之意思表示。公法上之意思表示，並不因錯誤而當然無效，惟在因其錯誤之結果，其行爲以法律上之不能爲內容時，始爲基於不能之無效，然此固另有其無效原因，非僅因錯誤而無效也。例如並無醫生資格者，偽造畢業證書，而請求業醫之許可，衛生署受欺而爲許可時，因係對於無資格者，即係無受許可能力者所爲之許可，故屬無效，即因其內容爲法律上之不能而無效。並不僅因其錯誤而無效。（註七六）

此外，外形上雖具備特定私人，或特定行政官署意思表示之形式，而非有正常權限者所爲之表示時，則爲偽造文書，不發生其所假託者所爲意思表示之效力。故如冒他人之名而提起訴訟時，對於本人不發生訴訟之效力，法院對該訴訟所爲之判決，對本人亦不發生效力。

第二節 意思決定有瑕疵之意思表示

欲使公法上之意思表示有效，必其係依於表示意思而爲之表示行爲，故如其表示意思欠缺，則其意思表示全屬無效，如在精神喪失狀態所爲之意思表示，因不可抵抗之強制力，而爲之意思表示是也。

然縱係由於詐欺、強迫、賄賂等而爲之公的意思表示，如並非全然失卻意思之自由時，則其意思表示縱有

瑕疵，尚係依於表示意思而爲之表示行爲，除因其他原因而致無效者外，不能僅以此種理由，以其爲當然無效也。

此種意思表示，亦未必係應撤銷之行爲，尤其私人之公的意思表示，雖具有基於強迫之瑕疵，然如因而引起有公定力之行政行爲，則其表意人亦已不能撤銷。例如公務員因被他人強迫而提出辭呈，其強迫，如尙未達於全然失卻意思自由之程度，則其辭呈仍屬有效，倘獲准許，即不能撤回辭呈。至於行政官署，基於詐欺強迫或其他不正手段，而爲意思表示時，則以得撤銷爲原則，因撤銷而失其效力（註七七）。

第三節 意思表示之正誤

公的意思表示，意思與表示不一致時，表意人得於事後修正其錯誤與否，因情形而不同。由一般情形言之，公的意思表示，縱有錯誤，然因已依照其所表示者，而發生效力，如對於已生效力之意思表示，而修正其錯誤，則不啻變更其效力，故在意思表示，確定而不可變動後，縱使事後發現錯誤，亦無修正之途。如由於典試委員之疏忽，誤以不及格之試卷爲及格，而授與及格證書後，自不能變更其審定，再改爲不合格。又如行政訴訟之提起，以法定之期間爲限，如已逾法定期間，即不能修正訴狀，變更訴訟之目的等皆是。

公的意思表示，發生此種確定而不可變動之效力後，自不許再爲正誤，然除此種情形以外，因錯誤而爲之

意思表示，自應許其正誤。私人對於行政官署所爲之意思表示，在法定期間以外，行政官署未因而爲行爲以前，自可爲正誤之聲請；行政官署所爲之意思表示，如發見其錯誤，原則上自亦得以正誤。惟因正誤以後，真正之意思始表示而出，故正誤之意思表示，僅於將來發生效力，不能溯及既往，而發生效力也。至於正誤之方法，須用與初時之意思表示相同之方法，向相對人表示之，若初時之意思表示，係屬公示於衆，則其正誤表示，亦須公示於衆，若係以書面通知特定之相對人，則其正誤表示，亦應以書面通知之。

第四節 意思表示之送達

對於特定相對人所爲之意思表示，除法律規定以公示爲其送達方法者外，以送達於相對人爲必要，此在學理上，稱爲須受領之意思表示。

須受領之意思表示，發生效力之時期，除法律另有規定者外，以達到相對人時發生效力爲原則，不以相對人完全了解之必要，僅以置於得了解之狀態，爲其發生效力之要件，換言之，須受領之意思表示，於達到本人或其代理人時，發生效力。民法對於私法上之意思表示，以採用達到主義爲原則，此種原則，對於公法上之意思表示，亦屬適用；惟外國民法間有規定對於契約要約之承諾，採用發信主義，即於發信時發生效力。此種原則，殊不能適用於公法上之雙方行爲。除另有特別規定或有反對之理由外，雙方行爲，亦應依照意思表示之一般原則

於達到相對人時，發生效力。(註七八)

私人對行政官署所爲之意思表示，以達到行政官署執行處務之場所，即其官衙公署爲必要。故雖係面交於在該官署供職之公務員，如非在執行職務之場所面交，不能謂爲到達於行政官署。如法律規定對於行政官署提出之意思表示，須經由下級官署而提出時，則於到達該下級行政官署時，發生效力；如應直接向上級官署提出，而經由下級官署提出時，則非到達於上級官署，不生效力。私人向行政官署提出文件時，固不妨郵寄，然因其達到之證明責任，在於發信人之故，故爲取得證明計，應以掛號爲之。

行政官署對於私人所爲之意思表示之送達，除直接交於本人或其代理人者外，通常由下役或郵政送達之，其由郵政送達者，除重要文件以掛號郵寄外，他如徵稅書等較次要者，爲節省經費起見，多以平寄爲之。由郵政送達，而因事故郵件不能到達時，其意思表示，固屬不生效力，然如係平寄，究已到達相對人與否，無從證明。故外國判例，有認爲由郵政發送之時，如發信簿可資證明，則除另有反證外，推定其已於相當時期到達於相對人，行政官署不負舉證之責者。私人由郵政發送文件時，不許爲此種推測，而行政官署由郵政發送文件時，獨許爲此種推測，表面上似不免有失公正。然行政官署方面不達到之主張，其自身有公的證據力，私人方面不達到之主張，則除另有反證外，無推定其爲真實之力量，故不得不承認其不同意。意思表示達到相對人以後，如相對人詐稱外出，或以其他理由，而故意拒絕受領時，則不承認其拒絕事實，即仍具受領之效力。

以公示或公告方法以代受領者，除依社會上之普通見解，認為依其公示或公告方法，已置於相對人得以了解之狀態者外（如對於學生所為之意思表示，揭示於學校之公告牌），僅在法令有特別規定時，始生送達之效力。

第三章 行政行爲之內容

行政行爲之內容，甚爲繁雜，究應如何分類，始爲適當，尙乏定說。然行政行爲之觀念，既爲在法規下之行政權意思行爲，而發生某種法律效果者，則其分類之第一標準，自爲由行政行爲而生之法律效果之內容，而所謂法律效果，不外法律上力量，故法律效果之種類，亦即法的內容之種類。由法之內容而觀，大體上可分爲二種：一爲命令之法，即加人之天然自由以限制，以命其爲某事，或不爲某事爲內容之法，由此而生之義務，亦可稱爲義務法。一爲形成之法，即以與人天然所無之某種法律上之力爲內容之法，由此而生者，爲法律上之力，爲最廣義之權利或權能，故亦可稱爲權利法。法莫不爲關於權利義務之規定，故不屬於權利法，即屬於義務法。今欲由內容上，爲行政行爲之分類，自應以關於法的內容之此二種區別，爲其第一標準，故行政行爲，先可大別爲命令的行爲與形式的行爲二種。

第二，行政行爲，又可由其法律效果之歸屬，依其效果，係發生於其行爲者之國家或公共團體，與其相對人

之間，或係歸屬於他人，而分爲爲自己而爲之行爲，與爲他人而爲之行爲二種。

第三，行政行爲，又可由其效果之發生原因，依其效果，係基於行政者之意思內容而生，或與其意思內容，並無關係，直接依法規而生，而分爲法律行爲的行政行爲，與準法律行爲的行政行爲二種。

以上三種分類，互相關聯，雖均爲基於行政行爲之法律效果，而生之分類，然第一分類，係以效果之內容爲標準，第二分類，係以效果之歸屬爲標準，第三分類，係以效果之發生原因爲標準，故此三種分類，並不完全一致。然行政行爲之主要部分，係爲自己而爲之法律行爲的行政行爲，爲他人而爲之行爲及準法律行爲的行政行爲，僅占較少之部分。故以下先論爲自己而爲之法律行爲的行政行爲，且依其效果之內容，令爲命令的行爲與形成的行爲，次論爲他人而爲之行爲，及準法律行爲的行政行爲，且因行政行爲之內容，有時附有附款，故最後論行政行爲之附款焉。（註七九）

第一節 命令的行爲

命令的行爲云者，以制限人之天然自由，命其爲某事不爲某事，或免除其所命義務爲內容之法律行爲的行政行爲也。由此所生之效果，常爲關於政務者，或命以一定之義務，而拘束其自由，或免除其義務，而恢復其自由，故又可分爲二種：一爲命以義務之行爲，稱爲下命，一爲免除義務之行爲，稱爲許可或免除。

一 下命 下命者，命以特定之作爲，不作爲，給付或忍受之行爲也。其中命以不作爲者，即禁止其爲某事之行爲，故又稱爲禁止或禁令，然亦係下命行爲，故其效果毫無所異。

下命，或直接依照法規而完成其效果，其效果之發生，無須其他之行政行爲，此於禁止，其例尤多，如法令有禁止爲某事之規定，則不俟其他之行政行爲，逕自發生，不爲某事之義務。此雖有絕對的禁止，保留許可之禁止（即非受許可，不得爲某事之規定），或以報告爲條件之禁止（即爲無報告，不得爲某事之規定）之分，然不問其爲何者，苟法令自身有禁止爲某事之規定，自依法令而直接發生禁止之效果，不須其他行政行爲。反之，如法令僅規定行政官署有禁止爲某事之權限（例如規定內政部長得禁止出版物之發賣頒布），則必俟實行行政行爲以後，始發生效果。此類例證，於負擔作爲或給付義務之時尤多，下命之行政行爲，即於此時爲之。

下命之效果，在於受命人，負有應依照下命之內容，爲其所命之事，或不爲其所禁止之事之公法上義務。其義務，或爲嚴格的個人義務，專屬於一身而不得移轉，或具有財產之內容，與財產共移轉於繼承人，或追隨於特定之事業或物，從其事業及物而移轉於他人，因下命之種類而異。

間有下命效果之內容，直接依法規而定，未明示以行政行爲，命令如何內容之義務，僅指定法規所定義務，發生效果之場所或期日者。然此種行爲，仍不失爲下命行爲，蓋其效果之發生，爲其指定行爲所企圖者也。

下命最普通之實例，爲基於警察權之下命，是爲警察下命。然下命並非警察作用特有之行爲，行政各區域

均有下命行爲之必要。如在財政權之作用上，有租稅之賦課，在軍政權之作用上，有徵兵檢查命令，召集命令，在公用負擔上，有負擔金之賦課。此外，尚有基於特別權力關係之下命，如對於公務員之職務命令，對於公共團體之監督上下命之類是也。

下命，不僅對具體之特定人爲之，對於多數之不定人，亦可爲一般之下命。爲一般之下命者，固常爲法規，然在法規與以爲一般下命之權限時，在法規下所爲之下命，則爲行政行爲。尤其於成立特別權力關係之時，權力人對於服從人，亦得爲一般之下命。

二 許可免除及其拒絕 下命爲命以義務之行爲，許可及免除，則爲解除義務之行爲，三者均以與義務有關之效果爲內容，並非設定或變更行爲，故不屬於形成行爲，而爲命令行爲之一種。其中不作爲義務之解除，通常稱爲許可或免許；作爲給付或容忍義務之解除，則稱爲免除。

許可者，禁止一般人爲之之特定作爲，對於特定人，或關於特定事件，解除其禁止，使其得以適法爲之之行爲也。實行許可，以對一般人禁止爲該行爲，保留許可之事實爲前提。法令規定，欲爲某事，須得行政官署之許可時，即係明示禁止，未受許可者爲該行爲，受許可後始解除其禁止，得適法而爲法令所禁止之行爲。應受許可之事項，若無此種制限，則爲任何人都得自由而爲之事項，惟因法令規定之結果，而限制一般人之自由，禁止其爲該項行爲，故如一旦解除其禁止，亦僅自然自由之回復，即不作爲義務之解除，並非權利之設定也。蓋雖得許可，

並未取得自然所未有之某種法律上之力，惟解除對於其自然自由之拘束而已。許可爲下命之反面，其最普通之實例，亦如下命然，在於警察之區域，故稱爲警察下命。然在行政之其他領域，亦不乏其例。其效果亦與下命相同，或爲屬人的，或爲得由繼承人繼承，並得移轉於他人。許可，固以特定之許可爲常，即由於具體的特定人之聲請，而爲許可，然亦有一般之許可，如對於一般報紙，就禁止登載新聞中之某一新聞，許其登載是也。

免除亦爲與許可同性質之行爲，惟許可爲禁止之解除，不作爲義務之免除，而免除則係就命令一般人應爲之作爲，給付或忍受之義務，對於特定人，或在特定情形之下，予以免除之行爲。其差異並不甚大，故雖亦稱之爲許可，亦無不可。外國法令常稱租稅之免除，爲免稅之許可，蓋即因其爲給付義務之免除之故。此外如兵役之免除，就學義務之免除，種痘免除等，均其適例。又雖非義務全部之解除，而僅解除其一部，以及義務履行之延期等，亦不失爲免除。

對於許可或免除之聲請，而爲拒絕之行爲，亦屬行政行爲之一種，且同屬命令的行爲。惟因此種行爲，並非就現在之法律狀態，加以某種變更之意思表示，而反爲不變更現在法律狀態之意思表示，並無積極的效果，而僅消極的，具有不免除對一般人所命義務之效果之故，故可稱爲消極的行政行爲。

第二節 形成的行爲

形成的行爲，與命令的行爲係以拘束人之自然的自由，或免除其拘束爲內容者不同，而係以形成人類自然所未有之法律上之力爲其內容。自然的自由，與法律上之力之差異，在於前者不待國家法律之規定，依照天然所與之人類自然的能力，當然得而爲之，後者則爲法律所賦與之力。例如人類之生存，固爲自然所賜與，中華民國國民之身分，則爲法律所賦與；多數人因共同目的而團結，固爲自然的自由，然其取得法人資格，得爲權利義務之主體，則爲法律所賦與之力。形成的行爲，卽此種以設定、變更或消滅法律上之力爲內容之法律行爲的行政行爲也。人類自然所未有之法律上之力，更可別爲權利能力、權利、得以行使權利之力，包括的法律關係等數種。法人之成立與解散，爲關於權利能力之形成行爲；礦業許可與公企業特許，爲形成權利之行爲；規定選舉日期、指定投票時刻，使於該時有行使選舉權之力，爲關於行使權利之力之行爲；任用公務員，徵集現役兵，許可外國人之歸化等，則爲設定包括的法律關係之行爲。凡此行爲，均爲形成的行爲。

形成的行爲，有設定新的法律上之力者，有對於既已成立之法律上之力，加以變更者，亦有使其消滅者，更分述之：

甲 爲特定人設定新的法律上之力之行爲，稱爲設權行爲。設權行爲，有設定權利能力者，有設定包括的法律關係者。其中設定特定權利之行爲，亦可稱爲特許。特許，多基於相對人之聲請爲之。就此點言，外形上頗與許可相似，在法律之用語上，亦頗有稱之爲許可者，然究與前述意義之許可，大異其法律上之性質。蓋許可僅解

除對於自然自由之拘束而已，對其自然自由，並無所附加；而特許則係賦與自然自由所無之新權利之行爲。例如占有使用無主土地原屬自然之自由，然他人之土地，則因其所有人，具有獨占的支配權之故，屬於自然自由之範圍以外，除設定貸借權或地上權者外，所有人以外之人，均無占有使用之權利。特許之行政行爲，適與私法上之貸借權、或地上權設定之行爲相當，即國家就專屬於國家之權利，而在自然自由範圍外之行爲，與特定人以得爲該行爲之權利，就其非義務之免除，而爲權利之設定言，與許可異其性質。如公企業之特許，公物使用權之特許，橋錢、渡錢、或河川通行費徵收權之特許，公益事業機關土地收用權或使用權之設定，公益事業機關補助費交付之許可，礦業許可，漁業免許等，莫不爲設權行爲。設權行爲多係基於當事人之聲請爲之，故爲消極的行政行爲，與許可同。

乙 與設權行爲具有同樣之性質，對於既成立之法律上之力，加以變更之行爲稱爲變改行爲，因其係變更既存之權利，權利能力，法律關係，新陳以代謝之故，故有是名。例如鄉鎮之境界變更，鄉鎮聯合之目的變更，公物使用權之變更，礦業權人礦區變更之許可，公務員之轉任等是。

丙 形成的行爲，又有以就現已存立之權利能力，權利或法律關係之全部或一部，使其永久的或一時的消滅，爲其效果者，是爲剝奪行爲。如選舉權之停止或剝奪，鄉鎮公民權之停止，公企業特許，公物使用權特許，礦業許可或漁業免許之撤銷，公務員之休職或免官，法人之解散等，皆其適例。

形成的行爲，亦與民法上之法律行爲相同，因其效果爲屬人的或屬物的，而分爲債權的行爲與物權的行爲。(一)債權的行爲，爲發生屬人效果之形成行爲，其效果，專發生於國家，其他行政權主體與其相對人之間。然債權行爲之效果，未必專屬於相對人一身，如公企業特許與公物使用權特許之類，其所與權利，在某種要件之下，得以讓與者，不在少數，然此固無害其債權行爲，蓋民法上之債權，亦屬得以讓與故也。又其所以爲債權的行爲者，在於其效果，並非直接的對特定物發生物權的變動，而係發生對人之效果。(二)物權的行爲，係直接對於特定之土地或其他物件，加以得以對抗一般人之權利變動之行爲，例如保安林之編入或解除，土地收用之裁決，耕地整理之施行，道路區域或河川區域之認定，礦業許可，漁業免許等皆是。(註八〇)

第三節 爲他人而爲之行政行爲

行政行爲，時或在行政權主體之國家或行政團體與人民間之關係上，並不發生任何法律效果，而具爲其他之當事人發生一定法律效果之效果意思者，此在形成的行爲上，實例最多。通常行政權之形成形爲，僅於行政權與爲其相對人之人民間，發生效果，例如公企業之特許，爲受特許者取得對國家主張經營其企業之權利，漁業免許，爲受免許者取得在國家公有水面之上，獨占的爲特殊漁業之權利，其效果直接歸屬於國家，故此等行爲，均可謂爲自己而爲之形成行爲。然作爲行政行爲之形成行爲，往往有國家以第三者之資格，在其他當事

人間之關係上，使其發生某種法律效果者。此蓋由於國家對於其他當事人相互間之法律關係，立於保護者與監督者地位之結果，因保護監督之必要，故雖係其他當事人相互間之法律關係，或因完全放任其形成於當事人相互間之法律行為，在公益上為不適當，或因僅依當事人相互間之意思行為，無法形成，故為其保護監督者之國家，或參與其形成，或自進而形成之。此時形成行為之效果，不歸屬於為其行為人之國家自身，而歸屬於其他之當事人，與一般形成行為異其性質，故可稱為「為他人而為之行政行為」。國家之為此種行為，固係為國家或社會之公益起見，國家自身之利益，亦因而得獲保護。然由法律效果而論，則與國家並無直接之關係，其效果專發生於其他當事人之間，國家僅立於第三人之地位，故由法律效果之觀點，而稱其為為他人而為之行為。

為他人而為之國家行為，在司法權之行為上，實例最多。關於民事行為，無論其為民事裁判或非訟事件，概屬此例。蓋因民事關係，為私人相互間之關係，國家立於第三人之地位，國家雖參與其形成，然其效果，仍歸屬於關係當事人故也。在行政行為上，雖其例較司法行為為少，然如在國家特別監督之下之公共團體、特許公司等，與他人間之法律關係，國家進而參與其形成者，不乏其例，且在其他事件上，亦往往見其實例，有如後述。

為他人而為之行政行為，更可分為二種。一為與其他當事人之法律行為以同意，進而補充其效力，使其成為完全有效行為之行政行為，是為認可；一為行政權之意思表示，係為形成其他當事人相互間之法律關係而

表示，其效果，直接歸屬於此等當事人之行政行爲，是爲代理的形成行爲，亦稱公法上之代理行爲。

一 認可 認可者，當事人之法律行爲，倘不得國家同意，卽不能有效成立時，國家與以同意，以完成其效力之行政行爲也。認可，多於公共團體、特許公司及其他在國家特別監督之下者之法律行爲行之。其法律行爲，或爲制定鄉、鎮自治條例等公法的行爲，或爲設立公益法人，出讓地方公產等私法的行爲，然不問其爲何者，成爲認可對象之行爲，常爲發生法律效果之意思行爲。此種行爲，倘僅依當事人之意思，而完全有效，在公益之保護上，殊不適當，故保留國家之認可權，非受認可，其法律行爲，卽不能有效成立。

法令上常稱認可爲許可，然其與前述意義之許可，大異其法律上之性質，兩者殊有明白區別之必要。(1) 許可爲禁止之解除，其效果在恢復自然的自由；認可爲對於法律行爲之同意，其效果在完成法律行爲之效力。(2) 在須許可之行爲，許可爲該行爲之適法要件，倘未受許可而爲之，則爲禁止之違反，應受處罰之制裁，然於其行爲之效力，並無直接關係。在須認可之行爲，認可爲該行爲之有效要件，倘不受認可而爲之，則其行爲爲無效，然並非禁止之違反，故不受法律之制裁。(3) 爲認可對象之行爲，常爲法律行爲，蓋單純的事實行爲，並不發生效力問題，故不能成爲認可之對象。至於成爲許可對象之行爲，則常爲事實行爲，縱令某一方面具有法律之性質，然其所以爲許可之對象，在認其爲事實行爲之故，事實上與其相當之行動，不能未得許可而爲之。例如手槍之買賣，應得行政官署之許可，然此非謂無許可之買賣爲無效，而係禁止無許可之買賣，故事實上以買賣之

目的。而讓與手槍之所有權者，須得許可，無許可而爲此項行爲時，則爲處罰之原因，然其買賣仍屬有效成立。

法令規定爲某種行爲，須得許可時，其所謂許可，究係前述意義之許可，抑係認可，自不能無疑，此際應視法令之目的，在於遏制法律效果之發生，抑係制限事實上之行動自由而爲斷。概括言之，認可多對於與國家有特別關係者之行爲爲之。一般私人相互關係之法律效果，與國家無直接利害關係，如手槍所有權之屬甲屬乙，並非國家所關心，其與公益上有關係者，僅在何人占有手槍，故爲警察上之取締，行動自由之制限，而非法律效果發生之遏制。

認可，係完成其他當事人法律行爲之效力，而爲之補充的意思表示，不能脫離爲其本體之法律行爲，而獨立發生效果，故如爲其本體之法律行爲無效，認可亦當然無效，爲其本體之法律行爲，係得撤銷之行爲，則雖已得認可，亦可撤銷之。

須認可之法律行爲，因認可而始有效成立。然在受認可以前，非不發生效力，彼係在「他日如受認可」之條件下，發生附條件之效力。行爲自身既已成立，惟其效力繫於停止條件，而認可即不外停止條件之成就也。

認可既爲補充之意思表示，故應得認可之法律行爲之內容，專依當事人之意思而定，爲其保護監督者之國家，惟決定應加同意與否而已，然間亦有修正認可與選擇認可之例外。修正認可，係對於當事人之聲請，加以某程度修正之認可，選擇認可，則係當事人提出兩種方案，而由其中擇一之認可。

二 代理的形成行爲 代理的形成行爲，係國家代其他當事人，形成一定法律效果之行政行爲。在須認可之情形，當事人尙可保留發動聲請之權，國家僅對於當事人自定之內容，補充其效力而已；在代理行爲，則當事人並自定其內容之權能而無之，其行爲專依國家之意思而定，僅其法律之效果，與當事人自爲該行爲者同，歸屬於當事人而已。此自係基於保護監督者之國家公權力而爲之行爲，法令上雖無代理之名稱，然由其意思表示之法律效果，不屬於表意人，而屬於其他當事人而論，自不外代理行爲之一種。此種行爲，因非基於當事人之授權，而係基於法律之力，故與法定代理相當；又因其係基於國家之公權，國家立於公權力主體之地位，而代理他人，故具有公法上代理之性質。

上述意義之公法上代理，於種種關係上見之，分述於下：

1. 最普通者，爲代公共團體、特許公司及其他在國家特別監督之下者，所爲之行爲。此類法律或自然人，對於其自己之事務，固有一般之自治權，以得以自爲爲原制，惟當對於公益有重大關係，不能放任當事人自決時，則國家代爲其行爲，而將其法律效果，歸屬於當事人。

2. 公法上之法律關係，應依當事人雙方之協議而形成時，其協議不諧或不能爲協議時，得由當事人之一方，聲請行政官署裁決，依行政官署之裁決，而形成法律關係。此蓋以公法關係與私法關係不同，私法上契約縱不成立，亦無公益上之關係，故國家原則上不加干涉，公法關係如終不成立，則頗有危害公益之虞故也。

3. 行政官署，間或因保護他人，或因國家自身之行政上目的，而管理他人之事業或財產，前者稱爲保護管理，後者稱爲強制管理。無論其爲何者，如在管理上確有必要，國家就該事業或財產，與第三人爲法律行爲，而將其法律效果，直接歸於事業人或財產權人者亦屬不少。以保護管理而論，例如鄉、鎮長管理行旅死亡人之遺留物品，必要時得將其出售之情形是；以強制管理而論，例如作爲租稅遲滯處分，而將扣押財產公賣是。此時其買賣契約自身，固屬私法上之法律行爲，然行政官署，不問權利人之意思如何，將其出賣，而將其效果，歸屬於權利人，自爲一種代理行爲，而其代理權，因係基於公法原因之權能，爲公法上之代理權，故以代理行爲，而具行政行爲之性質。

第四節 準法律行爲的行政行爲

準法律行爲的行政行爲，不以效果意思爲其構成要素，故與法律行爲的行政行爲相區別。法律行爲的行政行爲，係行爲者希圖一定之法律效果，依其意思之內容，而發生法律效果。準法律行爲的行政行爲，則係表示某事之行爲，就其需要表示而言，固與普通之行政行爲相同，然其所表示者，僅爲判斷、認識或觀念，而無發生法律效果之意思，故縱因而發生形成的效果，然其形成，並非基於行爲人之意思，而專基於法律之力，其結果，乃形成準法律行爲的行政行爲，與其他行政行爲不同之二種法律上特色。(1) 一般行政行爲，係基於效果意思而

發生效果者，故如其意思之內容相同，效果亦屬相同；至於準法律行為之效果，則非基於行為人之意思，故縱係同一內容之行為，其效果因法律規定而不同。(2)一般行政行為，因係基於行為人之意思，而發生效果，故得依行為人之意思，限制其效果，從而得為附附款之行政行為，準法律行為之效果，則不基於行為人之意思，故性質上不能附加附款。

屬於此種性質之行政行為，有確認行為、公證行為、賞罰行為、通知行為、及受理行為五種。

一 確認行為 確認行為者，當特定之法律事實，或法律關係之存在有爭執或疑義時，國家以公的權威，判斷或認定其爭執或疑義，而公告於衆之行為也。司法權行為中，依民事訴訟而為之確認判決，為其最著之例；行政行為中，其例亦屬不少，如選舉上當選人之決定，考試上及格不及格之決定，退職公務員卹金之裁定，發明之特許，行政訴訟之確認判決等，均其最著之例。在一般行政行為上，當為該行為時，固亦有先認定事實之必要，例如欲為許可時，不可不先認定其具備許可要件與否，設定權利時，亦不可不先認定其具備適當要件與否，然此等認定，並非單一之行政行為之表示，僅係許可或特許之前提，行於內部而已。確認行為則與彼不同，確認行為，係以事實之認定自身為目的之獨立的國家行為，其所認定者，具有公的權威，除因有正常權限之官署行為，以致破毀者外，任何人均不得證明其與真實不適合，而推翻其確定力，此確認行為之特色。確認行為，因係與以確定力之行為，故常以關係人之參加，與經過一定之手續為其要件。

確認行爲，並非企圖發生某種效果之行爲，僅係以確定特定之事實，或權利存在與否爲目的之行爲，故非形成的行爲，而爲宣言的行爲，並無所創設，不過就現已存在之事實或權利，明其疑義，斷其爭執，而確定其存在而已。其本來之效果，僅在發生公之確定力，惟法律間或將形成的效果，與確認行爲相結合，使確認行爲外形上與形成行爲相似，法令之用語，亦頗有附以許可、認可、特許等名稱者。然如此時其行爲自身，並不以意欲發生某種效果之意思爲要素，其效果僅係法律使與該行爲相結合者，則終非形成行爲而爲確認行爲。例如發明人爲取得特許權，應受特許，然特許並非授與特許權之行爲，僅係對於具備法定要件之發明，所與之確認行爲，故非創設的行爲，而爲宣言的行爲也。至於確認行爲發生何種法律效果，則因各法令之規定而不同，未可一概而論。（註八一）

二 公證行爲 公證，係對於特定之法律事實，或法律關係之存在，與以公的證明爲目的之行爲。確認，係在法律上有爭執或疑義時，所爲之判斷行爲；公證，則係對於並無爭執或疑義之事項，或既已確認之事項，以公的權威，爲形式的證明，而與以公的證據力之行爲。其非效果意思表示，固與確認相同，然彼並非判斷之表示，而爲認識之表示。公證，在各種行政區域中，均不乏其例，如議員當選證書，退職公務員卹金證書，船舶國籍證書，考試合格證書等皆是。公證行爲之直接效果，在於其所證明之事實，發生公的證據力。所謂公的證據力，謂在依反證而證明其違反真實以前，無須另求其他證據，即可推定其記載之真實。然公證與確認不同，並不發生公的確

定力，而僅與以證據力，故非如確認行爲然，在有權限官署將其破毀以前，任何人不得妄生爭議，而係不待更正，當然得依反證以推翻也。至於爲公證行爲以後，除公的證據力外，尙從而發生何種法律效果，依各法令之規定而決，如法律別無規定時，則僅有發生公的證據之效果。又公證行爲，必係要式行爲，非具備必要之形式，不發生證據力，至其常爲羈束行爲，則爲極明顯之事實，可毋多論。

三 賞罰行爲 國家或公共團體，常對於公務員，其他服從特別權力關係者，或一般人民，就其職務上之行動或其他行動，或以其爲善行，而加以獎賞，或以其爲惡行，而科以懲罰。其賞罰之內容，如爲賦與權利或剝奪權利，則爲形成行爲，如爲科以過怠金等命以義務，則爲下命行爲；間有不具此種實質之內容，而僅表彰善行譴責惡行者，則非效果之意思表示，而係或是或非之觀念表示，即係準法律行爲之行政行爲。其表彰或譴責，如非以公定之一定形式行之，則爲單純之事實行爲，不應視爲行政行爲。然如以一定之形式公表，如公務員懲戒處分中之申誡等，則非單純之事實行爲，而係不以效果意思爲要素之法律行爲。由此所生之效果，惟在對於公報中申誡等事之揭載，有忍受之義務，然其效果並非基於當事人之意思而生，而係基於法令之效果。

四 通知行爲 通知行爲者，對於特定人，多數不定之人，或一般公衆，使其得知某事之行爲也。無論爲立法行爲、司法行爲、或行政行爲，欲使其發生效力，殊有使其拘束者知悉之必要，故通知行爲，誠爲此類行爲其通之要素。如法令之公布，行政行爲之告知、送達、公示、交付、判決之宣告等皆是。然間有通知行爲自身，爲獨立之

行政行爲者，如歸化之告示，執行罰或執行之公告，特許聲請之公告等，皆其適例。通知行爲，當其不另生法律效果之時，僅爲事實行爲，並非行政行爲，然如附帶而生一定之法律效果，則爲準法律行爲的行政行爲矣。

五 受理行爲 受理行爲，係以他人表示，爲有效表示，而受理之行爲，如各種聲請書、訴願書、訴狀之受領是。其他一切之行政行爲，均爲主動的行爲，惟受領爲受動的行爲。受理與單純之到達不同，私人提出之文件，僅到達於行政官署時，尙不能稱爲受理。受理爲行政官署之意思行爲，必行政官署以其爲有效之文件，有依據法令加以處理之意思時，始得謂爲受理。受理後發生何種法律效果，依法令之規定而不同。受理之拒絕，亦爲消極之行政行爲之一，稱爲「駁回」。受理之權限，與駁回之權限，屬於同一之行政官署，無駁回之權限者，亦無受理之權限。閱有並不拒絕受理，而僅將其文件送回，囑聲請人改正者，是爲改正命令。改正命令並非下行爲，而係苟不改正即拒絕受理，及訂正以後即當受理之通知行爲也。爲訂正命令之權能，專屬於受理之機關。

第五節 行政行爲之附款

法律行爲之行政行爲，往往附有附款。附款者，附加於意思表示之主要內容，而對其效果加以某種限制之從意思表示也。對於行政行爲效果之制限，有直接依法規而定者，是爲法定附款。例如礦業許可之效果，以登記爲其法定要件，在其條件成就以前，不能發生之類是。附附款之行政行爲，則與此不同，而係行政行爲自身，包含

制限其效果之意思表示之意。

關於行政行為之附款，有二主要之法律問題：（1）其一爲何時許其附有附款之問題。行政官署，僅在法令有特別規定，或其行政行為，屬於行政官署之裁量權（包含自由裁量及羈束裁量）時，始得加行政行為以附款。蓋在嚴格之羈束行為，行政官署，受有應從法規所定，而爲某種行為之拘束，以自己之意思，制限行政行為之效果，爲法律上之不能故也。無附加附款之權能，而擅加附款者，其附款爲無效，發生無附款之單純行政行為之效力。（2）其二爲在得附加附款之時，其附款在何種限度內，認爲適法之問題。於此問題，因行政行為，爲完全的自由裁量行為，或羈束裁量行為而異，後者如警察許可之類是。此時其裁量權之範圍，僅在認定何種附款，爲公益上所必要而已，如其認定錯誤，附加不必要之附款，則不免爲違法之附款。然其違法僅爲認定之錯誤，而因有認定權者縱使認定錯誤，其認定並非當然無效之故，故雖屬違法，仍不失爲有效之附款。惟如因訴願或行政訴訟之結果，而確定其違法，則其附款爲無效，成爲無附款之單純行政行為。反之完全之自由裁量行為，例如應與某種事業以補助金與否，任諸行政官署之自由裁量時，因行政官署，並無與以補助金之權能，故有附制限而與以補助金之自由，此時其附款只有適當與否之問題，不發生違法問題。

行政行為之附款，大致可分爲五種：

一 條件 條件之觀念及其效果，行政行為與私法的法律行為，完全相同，附條件之行政行為，係行政行

爲之效果，基於行政權之意思表示，使其繫於不定之將來事實之謂。在爲其條件之事實，成否未定之間，行政行爲之效果，在不定之狀態，如爲停止條件，則因其條件之成就，行政行爲始發生效果，如爲解除條件，則因條件之成就，行政行爲當然失其效力。附停止條件之行政行爲，例如以道路鋪裝工程完成爲條件，免許公共汽車之行駛，以公司之成立爲條件，許可發起人之使用水利，以當日晴天爲條件，許可屋外集會之類是；附解除條件之行政行爲，例如三個月內不開始工程，則礦業許可失效之條件是。（註八二）

二期限 行政行爲效果之附有期限者，多爲法定期限，行政行爲自身附有期限者較少，然亦非全無其例，如以若干年爲限許可營業，以若干日爲限許可使用道路之例是；期限，不問其爲法定者或依行政行爲而定者，均因許其更新與否，而大異其意義。如許爲更新之聲請，則因更新而繼續其效果，原在預料之中。倘已爲更新之聲請，則縱令在滿期時，尙未得許可，亦不因滿期而當然消滅其效果。在決定許可或不許可之前，其效果立於不定之狀態，雖於滿期後始獲許可，其效果亦仍繼續，惟在不許可時，始溯及滿期之時，而消滅其效果。故期限之更新，並非發生新效果之行政行爲，而係繼續以前行政行爲之效果。（註八三）

三 負擔 負擔，爲行政附款中，實例最多者，即附隨於主意思表示，對於受其效果者，課以附帶義務之意思表示也。負擔亦常稱爲條件，法令上所謂獲得附條件之許可，亦多指負擔而言。然負擔究與前述意義之條件（即停止條件與解除條件），異其法律上之性質。在附條件時，效果在於不定之狀態，在附負擔時，則效果並非

不定。惟欲完全發生效果，須負與其相關聯之特別義務而已。附負擔行政行為之實例，多在許可、特許等與以某種利益之行為，例如在公企業特許、公物使用權特許時，命以附帶之各種義務是，其義務，猶民法上附負擔贈與之義務然，與其所受之利益相對應，若違反義務，則得剝奪其利益。然此與解除條件不同，行政行為之效果，並非因違反義務而當然消滅，因行政官署之撤銷，始告消滅。

四 撤銷權之保留 撤銷權之保留者，附隨於主意思表示，保留在某種情形下，有撤銷權之意思表示也，其主要之實例，亦與負擔同，在於許可及特許。撤銷權，或保留於某種限定得以撤銷之情形，或為無限定之保留，縱令在後一種情形，其撤銷權亦有當然之制限，如無正当理由，而剝奪既與之權利或利益者，則屬違法行為。

五 法律效果之一部除外 法律效果之一部除外者，附加於主意思表示，使法令對於該行為所與之效果，一部分不能發生之意思表示也，例如命令公務員出差，而不與旅費是。

第四章 公法上之單獨行為與雙方行為

第一節 概說

法律行為之行政行為，有僅依行政權之意思表示而成立者，有依其與相對人之合意而成立者，前者為單

獨行爲之行政行爲，後者爲雙方行爲。單獨行爲之行政行爲，通常稱爲行政處分，雙方行爲，則無一定之名稱，法令上亦常稱爲處分，惟爲易於與單獨行爲相區別起見，或稱之爲公法上契約。

私法上之法律行爲，以契約爲通常狀態，單獨行爲爲寧屬例外。然在公法關係，因國家或公共團體，係立於以優越意思主體之資格，支配人民之地位之故，故常以其單獨意思，與人民間發生法律關係，是以行政行爲，寧以行政權之單獨行爲，爲其通常之形態。

然不能因此之故，謂行政行爲常爲單獨行爲。公法關係之中，如公共團體相互間之關係等，仍爲完全之對等關係，自得依雙方之合意，而規定權利、義務關係。且即令爲國家與人民間之不對等關係，若能獲得人民之任意承諾，亦無反於相對人之意思，一方的加以拘束之必要，故雖係依雙方合意，而規定相互間之權利義務，亦不反於公法關係之性質。例如兵役爲國民所應負之義務，國家得以單獨意思而召集現役兵，此時其徵集行爲，固爲單獨行爲。然國家所得一方的徵集者，以達於兵役適齡，且依抽籤結果，合於徵集之順序者爲限，苟不具備此種要件而希望爲現役兵者，自可提出志願，而因其志願之結果，縱不適合要件，亦可徵集爲現役兵。後一情形之徵集，非依於國家之單獨意思，而發生效果，寧係因本人之志願與國家聽許其志願之意思，雙方之意思合致，而發生效果。徵集後之法律關係，二者雖屬完全相同，然以其效果之發生原因而論，則在強制徵集時，係基於國家之單獨意思，反之，依志願而徵集者，則志願人之意思與國家之意思，共爲其要素，無論稱之爲公法上契約與否。

(或稱之爲基於服從之行政行爲)，其爲公法上之雙方行爲，誠不容疑。

學者有謂國家與人民之關係，爲不對等關係，故不能成立公法上之契約者，此說殊不妥當。國家與人民之關係，因其係不對等關係，故其雙方之意思，並無對等之力量。就此點言，彼固具有與私法上契約不同之特色，有如後述，然在不對等關係上，依當事人雙方之合意，而發生一定之法律效果者，亦不乏其例。當雙方之意思表示，具有同一之內容，依其合致而發生一定之法律效果時，即不外爲雙方行爲。其雙方之意思表示，如具有公法之性質，則雖稱之爲公法上契約，亦無不可，此與基於聲請之國家單獨行爲，大異其性質。蓋在基於聲請之單獨行爲，聲請與國家行爲，各自發生效果，例如因有訴訟，故國家受應爲裁判之拘束，因有裁判，故依照判決內容而發生既判力。其既判力專由國家之意思而生，不以當事人之意思爲要素。反之，例如聲請入國立大學求學，旋受入學之許可時，則非雙方意思，各自單獨發生效果，而係由於兩者之合意，成立法律關係，縱令在外形上，聲請與許可爲個別之單獨行爲，然固非因大學之單獨意思，而發生某人爲其學生之法律效果也。(註八四)

公法上契約雖不乏其例，然非如私法上契約然，任從當事人之任意，得締結任何契約。民法之規定，原則上爲任意規定，當事人未必受其拘束，倘不違反公法秩序善良風俗，則依照契約自由之原則，原則上任何契約，均得有效成立。然在公法關係，則其一切法規，除另有規定外，均爲強行規定，不得因當事人之意思而左右，故違反法規之公法上契約，不能有效成立。即公法與私法相反，以契約不自由爲原則，惟在不抵觸法規之限度內，公法

上契約始得有效成立。

公法上契約，有成立於公共團體相互間之對等關係者，亦有成立於國家或公共團體與人民相互間之不對等關係者。在對等關係之契約，當事人雙方之意思，有對等之力量，與私法上契約相同；在不對等關係之契約，以其由於當事人雙方之意思合致，而發生效果而言，固不失為契約，然雙方之意思，並無對等之價值，國家或公共團體之意思有公定力，相對人因而受其拘束，故發生如下之結果：

1、不對等關係之契約，雖得以行政權一方面之意思為撤銷，相對人則不得撤銷。若相對人之意思，完全不存在時，則因缺乏行政行為之有效要件，固不免為無效，然若其意思有法定之瑕疵時，例如基於詐欺強迫，或未取得法定代理人同意之未成年人意思表示之類，則因已有國家或公共團體之意思表示之故，行政行為仍完全有效成立，相對人不得以撤銷權相對抗。反之，如係行政權方面之意思表示有法律上瑕疵，例如對於某種事業給與補助金之聲請，雖已許可，然如係基於詐欺、賄賂或其他不正手段為之，行政官署當然得以撤銷。

2、不對等關係契約之解除權，雙方亦不對等，在行政權方面，如具備一定之要件，固得一方的將其解除，但在相對人方面，僅得為解除之聲請，原則上不得逕自解除。惟如學校之請求退學等，在公益上無拘束相對人之必要，故許為一方的解除。

3、不對等關係契約之法律上保護，亦與對等關係之契約，大異其趣。在私法上契約，當契約效力有爭執，或

契約不履行時，常得以民事訴訟，請求法律之保護；反之，公法上契約，則以公法上關係為內容，而公法上關係，固不得為民事訴訟之目的，故公法上契約雖有爭執，除法律有特別規定者外，固不得以民事訴訟請求救濟，僅得以訴願或行政訴訟為之。對於契約之效力，雖有爭執，行政官署之決定，亦有公定力，相對人應受其拘束。又在契約不履行時，行政官署方面，固有強制執行或解除契約之權能，至於相對人方面，則僅有時許其有解除之權能而已。

第二節 公法上雙方行為之實例

公法上契約，與私法上契約不同，不受契約自由原則之適用，故其種類附有限制，不能任意締結任何內容之契約，然公法上契約之散見於行政各區域之中，其實例決不在少，茲舉其重要實例於次：

一 公法上特別權力關係之設定 公法上之特別權力關係，有直接依法律之力而成立，不須其他之意思行為，亦有縱令需要意思行為，而僅以國家一方之意思而設定者。然以一方之意思設定特別權力關係，究以法律強制人民服從。時為限，倘無法律上之強制，公法上特別權力關係之設定，仍以雙方之合意為必要。如議員之選舉及其承諾，公法上營造物利用關係之設定，志願兵之徵集，公企業之特許等皆其適例。此種法律關係成立後，國家或公共團體，在一定範圍內，對相對人具有包括之權力，相對人有服從其權力之義務，於其權力之

範圍內，固得以單獨行爲，而規定權利義務，然其法律關係之成立自身，並非因單獨行爲發生效果，而以相對人之同意爲必要。其同意，或出以聲請書之形式，或出以承諾書之形式，或無須書面之形式，不問其形式如何，均係因雙方之意思合致而發生效力。

二、任意之公用負擔 任意之公用負擔者，人民對於國家或公共團體，因公共目的所爲之事業，所負之經濟上負擔也。此種公用負擔，除以單獨行爲強制的賦課外，亦有由負擔人自願提供，而得國家或公共團體之承諾者，是爲公用負擔契約，外形上每易誤認爲私法契約，實則由此而生之權利義務，爲公法上之權利義務，故由其內容言之，實非私法上契約，而爲公法上契約也。任意的公用負擔之種類甚多，若與私法上契約比較觀之，略有下列數種：

1、附負擔之贈與 例如爲欲設立官公立學校，而捐助土地或基金，爲欲設置某大學之特別講座，而捐助金錢，爲欲設置郵局、車站、警察派出所，而自願負擔其費用等皆是。此類行爲，每易被誤認爲私法上之贈與契約，實則並非單純之贈與，其所捐助之金錢或土地，係在供特定目的使用之條件下，所捐助者，國家如受其捐助，即負有使用爲其所指定之特別目的之義務。此種義務，因係屬於應爲行政作用之義務，故爲公法上義務，不得以民事訴訟請求之。蓋因設立學校之義務，開設講座之義務，設置郵局之義務等，如成爲私法上契約之內容，顯與行政作用之性質不能相容，是以不能以其爲私法上之附負擔贈與，而應認爲公法上之任意負擔。

2、地上權之設定 如土地所有人，自保留其土地所有權，而將其使用權交於工務局供鋪設道路之用是。此時其土地因鋪設道路而生之制限，為公法上制限，如土地所有人應受此種制限時，則公法上契約成立。

3、公法上之承攬契約 例如對於鄉鎮道路之修繕，橋梁之架設，渡船之設置等，有利害關係之私人，得鄉鎮長之許可，願負以自己之費用，加以修繕、架設、設置等之義務時是。

三 基於協議之土地收用 土地收用，有依收用人與被收用人之協議而定之者。關於此種協議之性質，有謂其為民法上之買賣契約者，殊屬不當，蓋協議亦收用過程之一，自應認其為公法上契約之一種。

四 基於協議之公法上損失補償 損失補償之原因，雖由於國家之行為，然其補償之方法，由國家與相對人協議而定之者頗多，如其協議成立，則公法上之補償請求權，因而確定，而此種形成公法上權利之合意，自為公法上契約。

五 公法上補助契約 國家對於某種事業之與以補助金，概由於當事人之聲請，與國家對於該聲請之許可，然此非單純之贈與，多於給與補助金時，命當事人以種種公法上之負擔，使其服從於國家特別監督之下。此種伴有公法上義務之補助金給與，自非私法上贈與契約，而為公法上契約，故因此而生之補助金請求權，亦非私法上債權，而具公權之性質。

六 行政事務之委任 國家或公共團體，間或將其行政事務之行使，委諸他人，已如前述，此種行政事務

之委任，或直接基於法律而生，無須其他之行政行為，或由行政官署之單獨行為爲之，又或法律無特別規定，僅依雙方之合意，而爲委任，且縱令法律有特別規定之時，如其委任關係，係生於對等團體相互之間，亦不能以一方之命令行之，即有獲得對方同意之必要，惟相對人受有不得濫加拒絕之拘束而已。公行政事務之委任，依合意而成立者，其非私法上契約，而爲公法行為，自不待言。

第三節 公法上之集合行為

除單獨行為及契約外，多數學者尙認有第三種之法律行為，即所謂集合行為之觀念。其說謂：集合行為，就其係由於多數意思表示之結合，而發生法律效果而言，固與契約相同，然契約係由相對立之雙方當事人意思表示而成立，其意思表示，客觀上有同一內容，主觀上互具反對之意義，如一方願賣，他方願買是；至於集合行為，則由具有共同目的之多數人意思表示，其意思表示，主觀上亦有同一之意義，故與契約相區別。至於集合行為最普通之實例，則爲議決、選舉、團體設立行為等。（註八五）

上述之行為，在公法上固屬甚多，然議決與選舉等，僅爲決定國家或公共團體意思之方法，不過依而決定國家或公共團體之意思而已。構成議決或選舉之意思表示，僅爲立於國家或公共團體之機關地位者，所爲之機關意思表示，而非法律上人格者之意思表示。且其議決或選舉之決定自身，並非意思表示，如係議決，須更以

一定之方式發表於外部時，始爲意思表示，而構成行政行爲。如係選舉，亦須將其選舉之結果，通知當選人，而得其承諾時，始發生法律的效果。議決與選舉，既僅爲意思之決定，而非意思表示，故如以其爲行政行爲，殊與行政行爲之觀念不合。

至於團體設立行爲，則因團體設立以前，尙未有團體存在之故，似可視爲發起人及加入創立總會者，各個人所爲之設立行爲，然此究非獨立人之意思表示，而係代表將來成立團體之機關意思表示。如創立總會議決章程之行爲，顯係代表將來成立之團體，爲團體而爲之行爲，故其所議決之章程，在團體成立後，卽爲有效之團體章程。是以團體設立行爲，亦如議決與選舉然，不應視爲單獨行爲或契約以外之第三種法律行爲，其自身亦係一種單獨行爲也。

要之，集合行爲之觀念，雖未可完全否定，然如以此爲不屬於單獨行爲亦不屬於契約之另一法律行爲，殊欠正當。此蓋希圖構成團體意思之機關意思之結合，因其結合，始構成單個之團體意思或集合意思者也。

第五章 行政行爲之效力

行政行爲，縱與法律行爲或準法律行爲相當，若缺乏其效力要件，則不能發生規定之效果，而爲無效之行政行爲，反之，則爲有效之行政行爲。有效之行政行爲，具有下列四種力量：第一，有發生規定效果之力量，是爲行

行政爲之拘束力。第二其拘束力，除發生爭執，或就此有撤銷權能者外，任何人均不能否認其效力，是爲行政爲之公定力。第三，行政行爲之效果，事實上未臻實現時，行政官署得以強制力執行行政行爲之內容，使其效果事實上得以實現，是爲行政行爲之執行力。第四，行政行爲，因得由關係人於事後提起爭訟，或行政官署將其撤銷，然其爭訟或撤銷之權能，有一定之制限，在制限之外，不得爲爭訟或撤銷。行政行爲，此種不許行政官署撤銷，或關係人爭訟之力量，稱爲行政行爲之確定力，茲爲分別論述於次：

第一節 行政行爲之拘束力

行政行爲，具備法定要件時，有基於效果意思之內容，或法律之力，而發生某種法律效果之力量。此種力量，稱爲行政行爲之拘束力。行政行爲之拘束力，一方面對於行政行爲之相對人而發生，同時行政官署自身，亦受其拘束。然亦有行政行爲效果之發生，在於法律上之不定狀態者。

(一) 行政行爲之拘束力，首對於關係人而發生。行政行爲之關係人，或僅爲行政行爲之特定相對人，或並其繼承人亦受其效果，甚或及於一般之人民。行政行爲，通常僅通知受其效果之人，如對一般人而爲通知，則以公示、公告等方法，使一般人得以知悉。然行政行爲，縱令僅對特定之相對人通知，未公示公告於一般民衆，然亦非僅對於受通知之相對人發生效果，未受通知者，即爲完全無關係之人。蓋行政行爲之效果，除常由相對人

之權利繼承人繼承者外，行政行為如係對於某種事業而為，並通知於該事業之代表人時，則其效果及於該事業之一切關係人，例如通知報紙發行人，禁止登載某項新聞，報紙之編輯人、印刷人及其後任之發行人，自亦受其拘束。間或因對於特定人所為之行政行為，而使第三人之權利受拘束者，例如因與某人以水利權，而侵害同一河川上他人所有之水權。因扣押某人之財產，而使在其財產上，享有擔保物權者之權利，受其侵害。此時受其侵害者，雖非行政行為之直接相對人，然不免因其為關係人之故，而受其效果。此外，在各特定物上，具有屬物效果之行政行為，對於在該物上取得權利之人，亦具有拘束力。

(二) 在另一方面，行政行為對於行政官署自身，亦具有拘束力，行政官署應從之而為行動。試以所得稅之賦課為例，一旦所得金額決定，收稅官署苟不為撤銷，即應受其拘束，僅能以其所決定之所得為標準，而為課稅。蓋一切行政行為，皆係在法規之下而行之者，故猶法規之有雙面的拘束力者然，行政行為，亦對於行政權主體與人民雙方，發生效力。(註八六)

(三) 行政行為之效力，在法律上不定之狀態者，或基於行政行為自身之內容，或直接基於法律之規定，前者即為附條件之行政行為，有如前述。後者則為廣義之法定條件，例如依照違警罰法，警察局長宣告拘留或罰金之刑時，受其宣告者，如在三日內，向警察局提出請求正式裁判聲請書，則其宣告，當然失其效力，即附有法定解除條件之行政行為，又如公共團體之行政行為，應得官署認可者，在未為認可之前，其效果尚未發生，即僅

有附停止條件之效力。對行政行爲提起爭訟時，在裁決或判決確定以前，該行政行爲之效力，亦在不定之狀態。如行政行爲之執行，不因爭訟之提起而停止，則該行爲，具有附解除條件之效力，反之，倘因之而停止時，則該行政行爲，具有附停止條件之效力。

然無論條件係附於行政行爲之內，或係法定條件，倘行政行爲之效力，繫於條件之成就時，則行政行爲雖已成立存在，其效果仍在不定之狀態，倘爲停止條件，則其效果尙未發生，其發生與否，繫於成否不定之將來事實，倘爲解除條件，則僅有暫時之附力，因成否不定之將來事實之發生，溯及既往，失其效力，就其效力尙未決定而言，與普通之行政行爲不同。

此外，一切之行政行爲，以得以撤銷爲原則，雖已受判決，尙得因確定判決或非常上告而破毀，然此僅或有其可能性而已，並非預定其可以撤銷，故其效力，非在不定之狀態。

第二節 行政行爲之公定力

行政行爲之公定力，謂除對該行爲得提起爭訟，或具有將其撤銷之權能者外，任何人均不得否定其效力之力量。此與前述意義之拘束力不同，蓋拘束力係發生一定法律效果之力，其力量，對於受其效果者而發生，公定力，則係強制他人承認上述拘束力之力量，對於一切之官署及人民，均發生效力。

例如決定某人為議員之當選人時，如得本人承諾，則彼之議員資格，已得公定力之決定，任何人均應承認其為正當之議員。此不特一般人民如此，行政官署與法院，亦不得否認其效力，如對此有所爭執，則除由具備法定要件者，提起對於選舉或當選效力之爭訟外，別無他途。

一切行政行為，均具有此種意義之公定力，除因提起爭訟，或由有正當撤銷權限之行政官署，將其撤銷外，一般人均負有承認其效力之義務。行政行為如係無效時，對該行政官署有獨立地位之其他官署，固得審查其有效與否，而認定其為無效；然行政行為如係有效成立，其他官署，即無審定其違法與否，違反公益與否，或有其他撤銷理由與否之權能，不特一般行政官署而已，普通法院與行政法院，亦應認其為當然有效之行政行為。

在行政法院，受理對於特定行政行為之爭訟，而審理其違法與否時，其所審理之對象，僅以該行政行為，及其相結合而發生法律效果之同一手續中之行為為限，縱令與該行政行為之效果，頗有關聯，倘其目的不同，而係發生獨立效果之另一行政行為時，則除絕對無效者外，行政法院即不得加以審理，應以其為有公定力之行為，而當然承認其效力。

第三節 行政行為之執行力

大部分之行政行為，均無另為強制執行之必要，惟在行政行為命以某種義務，受命人不履行義務時，則有

以強制力實現其義務之必要。故強制執行，多爲關於下命行爲之問題；然形成行爲之因設定權利而發生義務者，亦有強制執行之必要。

法律對於使人民負義務之行爲，多認許行政官署，於相對人不履行義務，有自用強制力以實現其義務之權力，是爲行政行爲之執行力，當於論行政上之強制執行時，詳述及之。

第四節 行政行爲之確定力（註八七）

行政行爲自身，具有公定力，已如前述。然此種公定力，未必爲確定而不可動者，間或允許利害關係人或其他行政機關，以行政上之爭訟手段，提起爭訟，行政行爲允許提起此種爭訟者，稱爲得以爭訟之行政行爲。然此時其提起爭訟之期間，多有限定，偶逾法定期間，卽不得提起爭訟，且一旦有人提起爭訟，並經主管機關裁決或判決確定後，則爲既判事項，適用一事不再理之原則，任何人均不得對於同一事項，再行提起爭訟。行政行爲之公定力，抵於此種不可爭之狀態者，稱爲行政行爲之不可爭力（註八八）。

行政行爲具有一定之原因時，以得由爲該行爲之官署，或其監督官署撤銷爲原則。至在何種原因之下，始得撤銷，依行政行爲之內容而不同，有得依行政官署之自由裁量而撤銷者，亦有限於有法定之原因時，始得撤銷者。要之，一般行政行爲，多爲得以撤銷之行爲，然間有行政行爲，亦猶裁判判決然，一旦實行以後，卽適用一事

不再理之原則，不許就同一事項再為審理。除有特別例外之原因者外，縱令嗣後發見該行為違法，或不適當，為該行為之官署或其監督官署，亦不得加以銷撤或變更者。行政行為具有此項效力時，稱為行政行為之不可變更力。（註八九）（註九〇）

行政行為之不可爭力，係對於行政行為之相對人，其他關係人，及其他官署之效力，彼等不得爭論其公定力，故行政行為對於彼等，具有確定不可動之效力。行政行為之不可變更力，為對於該行政官署或其監督官署之效力，彼等不能加以撤銷或變更，故亦係行政行為對於彼等具有確定不可動之效力，二者可合稱為行政行為之確定力。然此非絕對之觀念，對於關係人雖有確定力，然該官署得以撤銷者有之，該官署雖不能自為撤銷，然關係人得以提起爭訟者亦有之。縱令關係人不得提起爭訟，該行政官署亦不得撤銷，其確定力亦未必為絕對的，如有特別例外之情事時，仍得撤銷者亦有之。故行政行為確定力之觀念，誠具相對的意義，當於本編第七章，更詳論之。

第六章 行政行為之不存在及無效

第一節 行政行為之不存在

行政行爲之不存在，與行政行爲之無效，有區別之必要。行政行爲之無效，係其行爲在法律上不能生效之狀態，就其效力而言，固與未爲行政行爲相同。然其無效之事實，在外部與客觀上，不甚明顯，必待公的權威認定後，無效之事實始明，在未經公的認定以前，客觀上仍爲有效之行政行爲，下級官署及私人，不能稍忽視之，故並非行政行爲之不存在，而係行政行爲業已成立，不過缺乏效力要件而已。

行政行爲之不存在，則與此不同。而係在客觀事實上，應認爲有效之行政行爲者，並不存在之謂，此時不待公的權威認定，僅依常人之見解，亦知其爲非有效之行政行爲，客觀上至爲明顯之情形。蓋行政行爲之存在，第一須有行政機關之意思行爲，第二須其行爲，欲發生行政行爲之效力，第三須未經公定其缺乏效力，苟缺乏此等要件，則不僅爲無效之行政行爲，且其行政行爲全不存在。是故（1）非行政機關所爲之行爲，不得作爲行政行爲而成立，例如以偽造文書、假裝行政行爲之形式，或詐稱官名者之行爲，均非行政行爲。（2）行政機關僅決定意思，而未表示時，不能作爲行政行爲而成立，例如僅經行政院會議議決，行政院院長尙未執行時，行政行爲尙不存在。（3）行政官署之不行爲，除法令明定應於一定期間爲某種行政行爲，倘於期間內不爲行爲，視爲拒絕其行政行爲者外，均非行政行爲。例如行政官署，對於人民之聲請，不爲許可或不許可之行政處分時，縱令已經過頗長之期間，亦不能認其係爲不許可處分。（4）縱令係行政官署之意思行爲，倘自始無發生法律效果之意思，即僅係單純之事實行爲時，如勸誘、注意、好意的仲裁、訓誡、警告之類，亦非行政行爲。（5）行政行爲，已因期

限之到來、撤銷，或其他理由而失其效力者，則其行政行為已不存在。（註九一）

行政行為不存在，與行政行為無效區別之實益，在於其得為訴願或行政訴訟之對象與否。行政行為之無效，因在認其為有效之形態之下，故為證明其無效起見，有以訴願或行政訴訟，請求確認其無效之必要。故為欲撤銷無效之行政行為，而提出之訴願或行政訴訟，為適法之行政爭訟。訴願官署或行政法院，自應加以受理。反之，行政行為之不存在，則因為其爭論目的之行政行為，並不存在之故，故無法提起訴願或行政訴訟，縱令提起，勢必因爭訟目的之缺乏，而被駁回。故如在行政行為已失效力之後，如尚以行政訴訟請求確認其失效，則為不適法行為，蓋因失效確認之訴訟之目的，在於主張某種行政行為之不存在，前項訴訟之主張自身，與行政訴訟之性質，不能相容故也。

第二節 行政行為之無效與其一般標準

（甲）行政行為無效之法律上意義

行政行為之無效，謂行政行為形式上雖已成立，然因缺之有效要件之故，致不能發生效力之狀態，此與行政行為之不存在不同，因在外觀上行政行為尚屬存在，故在客觀上其無效尚不明顯，仍應推定其為有效。從而在為該行為之行政官署下之下級官署與人民，並無認定其為無效之權能，顧因其原係缺乏有效要件之故，故

無拘束其他獨立地位官署之公力，當其效力之有無，或為訴訟上之先決問題時，法院得以其獨立之見解，判斷其為無效，就此點言，無效之行政行為，與法律上有瑕疵之行政行為，亦有區別。法律上有瑕疵之行政行為，其有瑕疵之認定，乃至將其撤銷之權限，僅屬於監督官署，或行政法院等，特具有此項權限之機關，如此籌有正當權限之機關，不將其撤銷，則對於其他一切官署，均有完全之公定力，普通法院亦乏審查其有法律上瑕疵與否之權能。蓋因單純之法律上瑕疵，並不使行政行為無效，僅依撤銷而失其效力，故在未為撤銷以前，仍為完全有效之行為，縱令其行為違反法規，或在公益上為不適當，其他官署或法院，亦受有認其為有效行政行為之拘束。例如租稅之賦課縱令違法，不服其賦課者，亦僅得提起訴願或行政訴訟而已，如該賦課官署，訴願官署或行政法院，不以其為違法而將其撤銷，則其賦課仍為完全有效，繳納賦稅者，不得於事後，以其違法為理由，提起民事訴訟，而請求不當得利之返還，且縱令提出請求，民事法院亦無審查其賦課違法與否之權能，即不免駁回其訴。反之，其租稅之賦課，如不僅違法而已，且屬無效時，則雖外形上為租稅之賦課，實缺租稅賦課之效力，受其賦課而繳納者，可以其為無法律原因之給付，得於事後提出民事訴訟，而請求不當得利之返還，民事法院，亦得審查其賦課果係無效與否，如認定其為無效，則判定國家或公共團體，負其返還義務。

(乙) 行政行為之無效宣言及其有效確認

無效之行政行為，有不待撤銷而當然無效者，然因其為無效，客觀上尚不明顯，形式上仍為有效之行政行

爲，故爲證明其無效起見，殊有在形式上將其撤銷之必要。此種撤銷，亦僅對於有瑕疵之行政行爲，有撤銷權能之官署得以爲之，形式上與有瑕疵行政行爲之撤銷，並無區別，故亦稱爲撤銷，然本來無效行爲之撤銷，並非真正之撤銷，而係無效宣言。真正之撤銷，係使有效行政行爲失卻效力之行爲，無效宣言，則係對於本來無效之行爲，以宣言確認其無效之行爲。真正意義之撤銷，在未爲撤銷以前，仍爲有效，故此時違反其行政行爲之行爲，不免爲違法行爲；至於無效宣言，則因其行爲之自始無效，已經公的確認，故其效力當然溯及既往，以前縱有違反該行政行爲之行爲，亦非違法行爲。（註九二）

無效之行政行爲，因係在推定其爲有效狀態之下成立，故爲撤銷該行爲起見，如具備其他要件，自得提起訴願或行政訴訟，就此點言，與行政行爲之不存在不同，有如前述。然得提起訴願或行政訴訟者，限於一定期間，如逾該期間，卽不得再提訴願或行政訴訟。本來無效之行政行爲，則不因訴期間之經過，而變爲有效之行政行爲，故嗣後若與其他之訴訟事件相關聯，而爭論其效力時，當事人仍得主張該行爲之無效。尤其於因該行爲而使私權受侵害時，自得以民事訴訟主張其無效，而請求私權之保護。例如土地收用之裁決無效時，被收用人爲確認其無效起見，固得起訴於行政法院，然此以裁決後之一定期間爲限，如逾該一定期間，卽不得提起行政訴訟。然如其裁決，不僅爲單純之違法，且係無效時，則在其時效完成以前，仍得提起民事訴訟，上所有權確認之訴，或請求交付土地之訴，主張其裁決之無效。

由另一方面言之，縱令本屬無效之行政行爲，如由有權限之行政官署確認其有效時，則因其確認行爲之效果，而發生有效之公定力，爲主張其無效起見，只有請求有正當權限之機關，再行確認，除再確認之結果，決定其無效外，其有效已經公的確定，任何人均不得爭論其效力。例如某種行政行爲，當事人以其爲無效，提起行政訴訟，以請求確認其無效時，如行法院判定其有效，則發生有效之公的確定力，縱令本屬無效，任何人亦不得主張其爲無效也。

(丙)行政行爲無效之一般標準

行政行爲，何時不待撤銷，而當然無效？爲行政法學上，迄無定說之困難問題，然依吾人所見，行政行爲無效之一般標準，有下列之三原則：

(1)行政行爲與私法上之法律不同，並不僅因其內容之違反公共秩序或善良風俗，而當然無效。此蓋因行政行爲，爲行政權之行爲，而行政權在法規範圍內，有認定何者適於公共秩序、善良風俗之權能之故。行政官署爲認定並不違反公共秩序、善良風俗，而爲某種行政行爲，其認定即發生公定力，除有正當權限之官署，將其認定推翻外，其認定即推定爲正常者。(註九三)

是故行政行爲之無效，僅以行政行爲違反法規之時爲限，然違反法規之行政行爲，並非均屬無效者，違法與無效，爲各別不同之觀念。違法云者，不應爲而爲，應爲而不爲之謂；無效云者，則爲缺乏法律上之生效要件，以

致不生效力之謂；違法爲下命之違反，無效爲法律上之力之欠缺，僅違反下命時，尙非無效行爲，惟在缺乏法規所定之效力要件時，始爲無效。

故欲判斷某種行爲之無效與否，僅證明其爲違反法規，尙屬不足，必須證明其係缺乏效力要件，然則何者爲行政行爲之法律上效力要件，又成問題矣。

(2) 欲判斷何者爲行政行爲之效力要件，須知法規之內容，有僅屬命令意義之規定，與效力要件之規定二種。命令之規定，係命爲某事或不爲某事之規定，由此而生之效果，不外服從其命令之義務，倘加違反，則爲違反義務，爲違法。然違反義務之行爲，並非當然無效，蓋因命令規定之目的，僅在使其遵守而已，縱不遵守，亦並非不生行政行爲之效力也。

行政行爲之無效，僅在違背法規關於行政行爲效力要件之規定時發生，蓋效力要件之規定，不僅爲「當爲」之規定，而係法律上之力之規定，並非命其爲某事或不爲某事之規定，而係因具備某種要件，而發生一定法律上之力之規定也。

法規規定，究係命令規定，或係效力要件之規定，不能僅由規定之文面而判斷，此應視法規之目的，究係抑制某種法律上效果之發生，倘不具備某種要件，則不能發生效果，抑係並非出於否定法律上效果之目的，而係爲維護行政上秩序起見，使行政行爲，事實上應適合於某種要件，而推斷得之。（註九四）

(3) 縱令法規所規定者，為行政行為之效力要件，然如為其要件之法律事實，任諸行政權之認定時，則其認定縱有錯誤，在有權限之官署，未確認其錯誤以前，其認定仍受適法之推測，並不因其要件缺乏之故，而當然

第三節 行政行為之無效原因

(甲) 基于無權限之無效

行政行為不待撤銷而當然無效者，以行政行為缺乏法律上效力要件之時為限，而行政行為之效力要件，可大別為主觀的要件，實質的要件，形式的要件三種。第一為行政行為之主觀要件，以有正當權限之機關，經過法定之手續，而為之行政行為為必要；第二為行政行為之實質要件，以行政行為之內容，得以發生法律上效果為必要；第三為行政行為之形式要件，以行政行為具備必要之表示形式為必要。其行政行為之無效原因，亦因而分為三類，其中最必要者，為主觀要件，缺乏主觀要件之行政行為，當然無效，稱為基於無權限之無效。

欲使行政行為有效，以具備主觀要件，即有正當權限機關之行為為必要。所謂正當權限機關之行為：(1) 須為在其權限範圍內所為之行為；(2) 須係得以行使其權限之正當機關之行為；(3) 如係須要其他機關或相對人同意之行為，則須經其同意；(4) 如係非經一定手續，即不得為之行為，則須經過一定之手續；(5) 須係

以表示意思所爲之表示行爲。是故基於無權限之無效，更可分爲(1)權限外之行爲，(2)無正當組織之機關行爲，(3)未得必要同意之行爲，(4)未經必要手續之行爲，及(5)無意思之行爲等五種。

一 權限外之行爲 一切行政機關，均在一定限定之範圍內，具有權限，僅在其權限範圍內，得爲行政行爲，於其權限範圍外，則並無行政機關之地位，故其權限外之行爲，法律上之效力與私人相等，爲完全無效之行政行爲。

行政機關之權限，具有三方面之限界，即實質的權限，地域的權限，對人的權限是。行政行爲，如超越此三方面之任何一面限界，均不免爲無效之權限外行爲。

(A)實質的無權限行爲，謂行政機關，對於具有某種實質內容之行政行爲，並無一般的權限之謂。蓋對於某種內容之行政行爲，具有權限之機關，依法令之規定而定，如其他機關爲該種類之行政行爲時，則不免爲基於無權限之無效（如無收稅權機關賦課租稅是）。

無權限之行爲，與單純違法之行爲，有明白區別之必要，行政機關當行使其權限時，固應遵守法規，然如僅違反法規，尙不能謂爲權限外之行爲，蓋違法行爲固所不許，然非並無爲該行爲之權限。違反法規與否，爲事項內容之問題，權限內之行爲與否，爲事項種類之問題。如對該種類之行爲，具有權限，則縱令其行爲內容違反法規，亦不失爲權限內之行爲，例如有爲滯納處分權限者，扣押人民財產時，縱令其所扣押者，爲不應扣押之財產，

亦爲權限內之行爲，而非權限外之行爲也。

(B) 地域的無權限行爲，係限定一定管轄區域之行政官署，對於其區域外之人或物，爲發生法律上效果之行爲，限於一定管轄區域之行政機關之權限，原則上以其區域內爲限，不及於區域之外，故對於住居管轄區域之外，且無服從其權限之特別原因之人，所爲之行爲，對於區域外之土地物件所爲之行爲，爲基於無權限之無效。

然由另一方面言之，地方行政官署之行政行爲，並非絕對的對其管轄區域外不生效果。其因法律上或命令之特別規定，而發生效果於管轄區域外者，固不待論；縱在無此種特別規定之時，就管轄區域內之土地物件，得對區域外之人爲課稅或其他行爲，對於在管轄區域內有住所或營業所者，得就其在區域外所爲之營業行爲等，而爲下命，在管轄區域外，經營事業管理營造物時，得就其事業或營造物，對於區域外之人，而爲行政行爲。所謂對於管轄區域外發生效果之行政行爲，係基於地域的無權限云云，係指除此種特別情形外之情形而言。

(C) 對人的無權限之行政行爲，係對於行政機關權限所不及之人，所爲之行爲，例如對於退職者爲懲戒處分，對於有治外法權之特權者，而賦課租稅是。對於行政權所不及之人，所爲之行政行爲，爲無權限之行爲，自屬無效。

二 無正當組織機關之行爲 欲使行政行爲，爲有權限之行爲，則爲該行爲之行政機關，應有行使其權

限之權力，即應具備必要之組織，不具備必要之組織者，即為無行為能力人，其行為為無權限者之行為，故為無效之行政行為。

行政機關，具備行使其權限之必要組織與否之問題，多發生於合議制機關，尤其於地方自治團體，問題尤多。至於單獨制之行政機關，則由於組織而生之問題較少，然亦非毫無問題。例如以行政機關之代理人資格，而行使其權限者，如並未授與代理權，則該代理人之行為，為基於代理權欠缺之無效。（註九五）

三 未得必要同意之行為 行政行為，往往有不能以行政官署之單獨意思為之，必須附加其他行政機關，或相對人之意思，始能發生效果者，其情形又可細別為三：一為行政官署之權限，僅係執行議決機關之議決，倘無議決，則其權限根本不能發生之情形；二為行政官署之行為，以取得監督官署之認可，或以與其他機關協議為必要，倘未得協議或認可，即無為其行為權限之情形；三為須得相對人同意之公法上雙方行為，倘未得同意，即無為其行為權限之情形。分述於次：

(A) 須經議決機關議決之行為，倘行政官署，未得有效議決，而為之時，其行為是否當然無效，視其議決，為行政官署權限之發生要件與否而異。然法律規定之意旨何在，僅視法律之字面，又未必明瞭，故應依照行為之性質，視其效果之不發生，適於法律之意旨與否而斷。

(B) 須得監督官署認可或許可之行政行為，其認可或許可，是否行政行為之效力要件，亦依情形而不同。

若須得認可或許可，爲法律所明定者，且其目的，在於非得監督官署之同意，而發生行爲效果，爲不適於公益時，則不問法律所用名稱爲許可或認可，應視許可爲行政行爲之效力要件，倘未得同意而爲之時，則爲無權限之行爲，應屬無效。例如鄉、鎮未得監督官署之許可，而制定條例，變更使用費，或不依法定稅率，賦課附加稅，新設特別稅等，均屬無效之行爲。

反之，如其須得監督官署之認可，並非法律所規定，而係由於官署內部之訓令，或執行命令而定之者，則因訓示對外部不生效力，執行命令，亦不得設定法律所未定之新效力要件之故，故僅爲命令之規定，倘未受認可而爲之，亦非當然無效。

行政行爲，須依二以上官署之協議，始得爲之時，則不能以官署之單獨權限爲之，雙方之同意，爲其有效要件，例如鄉、鎮新設特別稅，發行鄉鎮公債時，須得內政部長與財政部長之認可，其認可須依雙方同意爲之，始爲有效。

(C) 公法上之雙方行爲，因依行政官署之意思，與相對人意思之合致，而發生效力，故如缺乏相對人之意思時，則其行政行爲當然無效。如其意思，僅有法律上之瑕疵，則相對人由於行政行爲之公定力，而受拘束，不能以撤銷權相對抗，已如前述，然如其意思完全不存在，或無效時，則該行政行爲，缺乏效力要件，爲無權限之行爲，應屬無效。例如國家或公共團體，以他人所有之地，供公用或公共之用時，以得所有人之同意爲必要，倘未得同

意，將該地編爲道路基地或學校基地時，則爲無效行爲。

四 未經必要手續之行爲 法律規定行政行爲效果之發生，必須履行一定之手續時，行政機關倘未履行該手續，即無爲該行爲之權限時，則手續之履行，爲該行爲之效力要件，不經必要手續之行爲，爲無權限之行爲，應屬無效。

手續，係行政行爲之效果，因二以上相連續意思表示之結果，始告完成時，泛指其數個行爲全體之觀念，非如雙方行爲或所謂集合行爲者然，以二以上意思表示之結合，共爲行政行爲之構成要素，而係數個之意思行爲，各自單獨發生效果，其中任一行爲，均爲以最後之效果爲目標，而使其發生效果之行爲，倘不爲此等必要之行爲，則無使最後效果發生之行政行爲之權限，訴訟手續，土地收用手續，強制執行手續，特許手續等，均其最著之例。凡法律以經過某種手續，爲行政行爲之有效要件時，倘未經過該手續，即爲無效之原因。

法令所規定之手續，因各種行政行爲而不同，其中形成行爲及公證行爲等，因係發生形成、確定或公證人民權利之效果，故爲尊重關係人利益起見，咸以一定之手續爲必要，以使關係人在某程度內參與者爲多。如由關係人提出聲請，豫先通知關係人，聽取關係人之意見，要求關係人到場等，均爲常有之手續要件。須聲請之行爲，不俟聲請而爲時，同屬無效；即欠缺其他手續要件之行爲，亦因其無正當權限之行爲，而不免爲無效行爲。

反之，如其手續，非為保護人民之權利而定，而係為行政組織上之內部監督，為行政上秩序而定者，則其手續之規定，僅為命令之規定，縱未經過此種手續，亦非無效。

五 無意思之行爲 一切行政行爲，均以行政機關之表示行爲，為其不可缺之構成要素。故欲使行政行爲有效，須行政機關以表示意思而表示之，如缺乏表示意思，即該行政機關之公務員，在精神喪失狀態所為之行爲，或因不可抵抗之實力強制，而為之行爲，外形上雖為行政機關之意思，然係全無意思之行爲，不待撤銷而當然無效。

(乙)基於內容或形式缺陷之無效

欲使行政行爲有效，除主觀的要件外，尚應具備實質的及形式的要件，其缺陷，亦為行政行爲之無效原因。

一 基於行政行爲內容之不能或不定而無效 行政行爲，欲其發生法律效果，須其內容，為在法律上，得以發生一定之效果者，如在法律上不能發生效果，或其內容不確定者，則因不能發生效果，而當然無效。內容之不能，更可分為關於人之不能，關於物之不能，與關於權利義務之不能三種，以下就此各種無效原因論之。

(A)關於人之不能，謂為行政行爲之相對人者，對於為行政行爲效果而生之權利義務，無法律上能力之情形。行政行爲之內容，屬於法律上不能之時，無論其為關於人之不能，關於物之不能，或關於權利義務實體之

不能，其行政行為，均應當然無效。法律上之不能，往往易與單純之違法相混，然實有判然區別之必要。單純之違法，並非無效之原因，惟有時得為撤銷之理由而已；反之，法律上之不能，則不待行政行為之撤銷，而當然無效。其區別之所，已如前述，在於命令規定與效力要件規定之區別。如係違反命令規定內容之行為，僅為單純之違法行為；如係違反效力規定內容之行為，則為法律上不能之行為。其中，以關於人之不能為內容之行政行為，係對於作為行政效果而生之權利義務，以使無法律上能力，享有其權利，負擔其義務為內容之行政行為。例如違反公務員數額之規定，或任用資格之規定，任用超過數額之人員，或任用無充當公務員資格者，為公務時，為命令規定之違反，並不妨礙任用之效力，然如任用褫奪公權者為公務員時，則因彼等缺乏任官能力要件之故，其任用當然無效。

如上所述，欲使行政行為有效，須行政行為之相對人，即受其效果者，有得以享有其效果之權利能力或行為能力。然其果為能力人與否，客觀上並不明瞭，有待認定時，則因行政權之認定，具有公定力之故，推定其認定為正當，縱令認定本來無能力者為有能力，因而對其發生效果之行政行為，亦不失為有效。例如所得稅僅對有所得者賦課，無所得者，即為無所得稅義務能力之人，然所得之有無，為須要認定之事項，故如認定其有所得，而賦課所得稅時，其賦課仍屬有效。

反之，如不具享有行政行為效果之能力，經公證、確認、公的宣告以後，客觀上已臻明顯者，則對該無能力所

爲之行政行爲爲無效，如死亡人不具權利義務能力，故對死亡人所爲之行政行爲，除得解釋爲對於其繼承人而爲者外，自屬無效。他如選舉禁治產人爲議員，與外國人以礦業許可，對於已將土地讓與他人者，賦課其地租，對於已完納租稅者，而爲滯納處分，課女子以兵役義務等，均爲以法律上不能爲內容之行政行爲，自屬無效。

(B)關於物之不能，謂行政行爲，對於不能爲法律上行政行爲目的物，已經認定明白者，以之爲目的物而爲之行爲。此恰與民法上不融通物之觀念相當，亦猶民法上之不融通物，不能爲法律行爲之目的物，關於其物之買賣、贈與、或抵押權之設定，爲無效者然。公法上亦有規定某種物件，完全不能爲某種行政行爲之目的物者。凡對於法律明定不能爲該種類行政行爲目的物之物，而爲行政行爲，其不得爲目的物，不須認定而可認定者，則爲以法律上不能爲內容之行爲，自應無效。例如對於已成立礦業權之礦區，又就同種類之礦業，而爲礦業許可，及在私有水面上，爲漁業許可等皆是。

(C)關於權利義務之不能，謂爲行政行爲效果而發生之權利、義務，爲法律上不得發生之權利義務，且其不得發生，客觀上已屬明顯之情形。例如爲犯罪之義務，自非法律上之有效義務，故如上級官署對下級官署所爲職務命令之內容，與犯罪相當，客觀上已屬明顯時，其命令自屬無效，如從其命令而爲行動，下級官署應自負其責。再如爲法律上所禁止行爲，或不爲法律上所命行爲之自由，在法律上不能有效成立，故如對於法律上絕對禁止之行爲之許可，或任意免除租稅之行爲，係以法律上之不能爲內容者，亦屬無效。又如使法律上不存在

之權利消滅，或免除法律上不存在義務之行為，亦基於同一之理由而無效，例如撤銷已消滅之礦業許可，許可不須許可之行為，對於無納稅義務者免稅之類是。

(D) 內容不定之行政行為，謂不僅文字之表現不正確，有誤載之處，或言語之表示不明瞭，而係以健全之普通人見解，不得知其行為為一定內容之情形。蓋欲使行政行為有效，須其所命者為何，所許可者為何，所賦與者為何，所剝奪者為何，得以知曉，即以內容之確定為必要。縱令其表現者不正確不明瞭，然在意思表示之解釋上，尚得依普通人之合理解釋，而推定其內容時，尚不失為有效，如其內容毫不確定，則因發生效果之內容不定之故，而當然無效。

二 基於形式欠缺之無效 行政行為，有為要式行為者，亦有為不要式行為者，要式行為而不具備必要之形式者，為基於形式欠缺之無效。然法令所規定之行政行為之形式，有為其效力要件者，亦有不為其效力要件者，使行政行為無效者，以缺乏效力要件之形式為限，故有依照法令規定之形式，規定其屬於何者之必要。概括言之，其形式，如為證明行政行為確實性所必要者，則為效力要件之規定，如縱令缺乏形式，行政行為之確實性，並不受其影響，形式僅使其意旨更加明顯者，則非效力要件之規定矣。(註九六)(註九七)

第四節 違反真實之公證或通知

公證或通知，既非意思表示，亦非判斷表示，僅係認識某種事實之存否，加以公的證明，或係通知某種事實或企圖之行為，故發生其他行政行為所無之「不真實性」之問題，即公的證明或所通知之事實，不適合於真實之情形是也，此與行政行為之無效，有明白區別之必要。

公的證明或通知，縱令違反真實，如其證明或通知，縱由有權限之行政官署，經必要手續而為者，亦非無效，惟因其記載違反真實之結果，得以反證推翻其證據力，或明舉反對之事實，而主張其違反真實而已。證明或通知效力之有無，與其內容之適合真實與否，為各別之問題，縱令證明或通知有效，如其記載反於真實，得以反證證明其反真實性；反之，縱令其證明或通知無效，如其記載適於真實，亦得依其他證據，承認其真實性也。

第七章 行政行為之撤銷

行政行為之撤銷云者，使行政行為失其效力之另一行政行為也。對於自始無效之行政行為，而確定其無效之無效宣言，通常亦稱為撤銷，形式上亦與行政行為之撤銷無別。然真正之撤銷，係使有效之行政行為，重新失其效力，故有與無效宣言區別之必要。無效宣言與撤銷之權，屬於同一官署，有撤銷權之官署，始有為無效宣言之權，關係人以訴訟或行政訴訟，請求撤銷時，亦得以同一要件，請求為無效宣言，於此數點，兩者實依照同一之原則。

行政行為之撤銷，僅對於有效之行政行為爲之，此又可分爲兩種情形：其一爲有效之行政行為成立時，具有法律上之瑕疵，故將其破毀，使其失其效力之情形。行政行為之未能正當實行，爲其撤銷之理由，是爲行政行為基於瑕疵之撤銷。其二爲行政行為成立時，並無瑕疵，惟因嗣後發生之事由，致其效果不能望後繼續，故使其向後失其效力之情形，是爲行政行為之廢止或撤回。以次分述之。

第一節 行政行為基於瑕疵之撤銷

行政行為成立時，縱令有法律上瑕疵，然除與前述之無效原因相當者外，仍屬有效成立，對一般人均發生公定力，若非有正當權限之官署將其撤銷，任何人均不能否認其效力。此雖係得以撤銷之行為，然其撤銷權，僅屬於特定之行政官署，倘該官署未爲撤銷，則司法院，無審查該行為有法律上瑕疵與否之權能。

有撤銷權之行政官署，撤銷有瑕疵之行政行為，亦有分爲兩種情形之必要。其一爲關係人提起訴願或行政訴訟，請求撤銷，有權限之官署，依其請求而爲撤銷時，是爲行政上之爭訟。提起行政爭訟，以具備一定之要件者爲限，倘不具備該要件，即不得提起。倘具備要件而提起時，有權限之官署，則應就該行政行為，再加審查，如係有法律上瑕疵之行政行為，則有應將其撤銷之義務。其二爲不俟關係人提起爭訟，官署自動將其撤銷之情形，是爲基於職權之撤銷。關於行政爭訟，當於本書第四編述之，茲專論基於職權之撤銷。

關於基於職權之撤銷，應加論究之問題甚多。第一爲何種官署始有撤銷權？第二爲在何種理由之下，始得將其撤銷？第三爲行政行爲之不可變更力，即不許撤銷之力，何時發生？第四爲撤銷之效果，是否溯及既往？茲爲分論如次：

一 有撤銷權之官署 不俟關係人提起爭訟，得依其職權，將行政行爲撤銷之官署，爲實行該行政行爲之官署自身，及其監督官署。(a)爲該行政行爲之官署自身，因爲一己所爲之行爲，自有再審查其行爲之權能，如係有法律上瑕疵之行爲，自得將其撤銷。(b)爲其監督人之上級官署，因具有監督權之故，對於在其監督之下級官署，或公共團體之行爲，自有再審查之權能。

二 撤銷之要件 關於何時始得依職權，將行政行爲撤銷之問題，法令有以明文限定者，有未設明文者。通常關於上級官署撤銷下級官署之行爲，法令多定爲「對於所屬各機關之命令處分，認爲有違背法令，逾越權限，或其他不常情形時，得停止或撤銷之」，關於公共團體之行爲，則僅於「違背法令，逾越權限」時，始得將其撤銷。即在上級官署與下級官署之關係上，上級官署之監督權，不僅及於下級官署行爲之適法性，且及於其公益性，不僅撤銷其違法行爲，且可撤銷其有害公益之行爲；反之，在國家與公共團體之關係上，則監督官署之監督權，原則上僅及於公共團體行爲之適法性，至其適合公益與否，悉任諸公共團體之自治權，故公共團體，僅於其行爲內容或手續違法時，始得將其撤銷。

反之，關於自爲該行政行爲之行政官署（如行政官署更迭時，則其後任官署）自行決定其行爲得撤銷與否，如得撤銷，當於何時撤銷之問題，則除礦業許可漁業許可等特別之規定外，一般法令概無明文規定。然由法理上言之，合議制官署之議決，一旦確定以後，則依照一事不再理之原則，除有權限機關將其交付再議外，不得自動的將其撤銷；反之，單獨制官署之行爲，原則上不具此種確定力，行政官署如有正當理由，自得將其撤銷，至其撤銷之理由，則除後述行政行爲之廢止外，自應僅以法律上有瑕疵之行爲爲限。所謂法律上有瑕疵之行爲，其含義遠較所謂違法行爲爲廣。第一，行政行爲之內容，除違法外，其違反公益者，亦包含在內，蓋因行政行爲應適合公益，爲法律對於一切行政所具之要求，若違反此種要求，自爲法律上之瑕疵。第二，除行政行爲內容有瑕疵者外，其手續或意思有瑕疵者，亦包含在內，蓋其內容縱不違法，若其決定手續有誤，決定意思有誤，或係用不正手段行之，自不得謂爲正常之行政行爲。要之，行政行爲之法律上瑕疵，包含（1）因詐欺、強迫、賄賂等違法手段而爲之行爲，（2）意思表示有錯誤之行爲，（3）手續有缺漏之行爲，（4）內容違反法規之行爲，及（5）內容違反公益之行爲等五種。

行政行爲基於職權之撤銷，固係於上述情形之下爲之，然非謂具有上列情形時，有撤銷權之行政官署，均可無條件的將其撤銷。蓋在行政行爲絕對無效時，爲宣告無效起見而將其撤銷，固爲該官署或其監督官署所當然得爲之者。如非絕對無效，縱令係法律上有瑕疵之行爲，倘一旦作爲行政行爲而有效成立，則因一切行政

行爲，有以公定力規定法律秩序之力之故，將一度有效之行政行爲撤銷，爲破壞既定之法律秩序。而此秩序之破壞，非有正當之理由，自以極力避免爲是。職是之故，有效行政行爲之撤銷，縱令其行爲有法律上瑕疵，亦非完全自由也。

是故行政行爲之撤銷，應依照行政行爲之內容，分爲自由裁量之撤銷，與羈束撤銷二種。(a)行政行爲之內容，僅使人民負義務，課人民以負擔，或僅制限與停止其權利時，其撤銷之效果，僅在祛除人民之不利益，而與以利益，此種僅係與以利益之行爲，除法規有特別制限外，原則上屬於官署之自由裁量，故此種行政行爲之撤銷，自得依官署之自由裁量行之。反之，在許可或特許等，免除人民義務之行爲，則其撤銷之效果，常侵害人民之既得權利或利益，故其撤銷非自由裁量行爲。縱令係有法律上瑕疵之行爲，如其瑕疵並不重大，因以不撤銷爲是，且亦非無條件的可以撤銷，而其撤銷爲羈束撤銷。爲此種撤銷時，行政官署，既應考察其瑕疵之重大程度，及在公益上應否撤銷，如不撤銷時，對於公共秩序所生之影響；復應考察撤銷後，對於當事人之不利益，而保持兩者間之公正比例，必須有公益上有此必要，且不得不使當事人，忍受因其撤銷所生之不利益之時，始得將其撤銷。此種撤銷應有在公益上之必要，如未達此程度，而將其撤銷，則縱令其行爲有法律上之瑕疵，亦不得不認爲違法。

三 不得撤銷之行爲 裁判判決一旦宣告後，除因計算錯誤、記載錯誤，及其他類似之明白錯誤，應加更

正者外，宣告該判決之法院，不得加以撤銷或變更，換言之，已宣告之判決，對於該法院，有不可變更力。

此種不可變更力，非必為裁判判決所特有者，行政行為具有此種不可變更力者，亦屬不少。考裁判判決一旦宣告後，除當事人得以上訴手段加以抗爭外，不許法院自為撤銷或變更之原因。蓋以裁判係在當事人參與之下行之，聽取當事人意見後，始為有公權力之判斷，參加其判斷之當事人，對於一己參加下之判斷，有要求不加變更之權利，行政行為之與裁判判決同其性質者，自亦有同一之不可變更力，是為不得撤銷之行政行為。如許其對此提出爭訟，固不得為職權之撤銷，然於提起爭訟後，尚得以裁判或裁決將其撤銷，其不許提起爭訟者，則發生完全之確定力，原則上不得將其撤銷矣。

至於何種行為，為不得撤銷之行為，法律因無明文規定，然經利害關係人參加之確認行為，與裁判判決有同一性質，故亦應認為不得撤銷之行為。行政法院之判決，具有完全之確定力，固不得將其撤銷。如訴願之裁決，聲請異議之決定，卸金權之裁定，考試及格不及格之決定，選舉之效力及當選人之決定，鄉、鎮境界爭執之裁定等，均其適例。此類行為，縱令其判斷有誤，或具有其他之法律上瑕疵，除關係人以上訴手段提起爭議外，為該行為之官署及其監督官署，原則上，均不得依職權將其撤銷。

然縱係不得撤銷之行政行為，亦猶對於法院之確認判決，尤有再審之訴之特別情形者外，亦有例外得以撤銷之情形。第一，當該行為絕對無效時，其行政自始不生公定力，故為該行為之官署或其監督官署，為使其無

效起見，自得將其撤銷；第二，該行爲縱已有效成立，如該行爲所依爲根據之文件、陳述、及其證據文件，確係虛偽，經證明屬實，或證明係由於詐欺、賄賂等犯罪行爲而爲之時，當然得以撤銷。

四 撤銷之效果 行政行爲之撤銷，如係就本屬無效之行政行爲，而宣告其無效時，係確認該行政行爲自始無效，故其撤銷之效果，當然溯及既往，使該行政行爲，自始不生效力。

然真正意義之行政行爲之撤銷，即使有效成立之行政行爲，失其效力之撤銷。所撤銷之行爲，如係確認公證或通知行爲時，因此等行爲，係就過去已成立之法律關係，或法律事實之存在，爲確認公證或通知之行爲，故此等行爲之撤銷，不外就已確認、公證、通知之法律關係或法律事實，再爲確認、公證、或通知其不存在，故其撤銷之效力，當然溯及既往。故法律爲使其效力明確起見，間有不稱爲撤銷，而稱爲無效者。

至於其他之行政行爲，一旦有效成立，因已以公定力決定其法律關係之故，縱令其後因有法律上之瑕疵，將該行爲撤銷，然爲避免撤銷之效果，使當事人不利起見，故不溯及既往，以向後失其效力爲原則。例如營業許可縱因違法而撤銷，然撤銷以前之營業，不失爲適法之營業；設定某種權利之行爲，雖因錯誤而致撤銷，然以前行使權利之行爲，仍不失爲正當之行爲。

第二節 行政行爲之廢止

所謂行政行爲之廢止，非謂行政行爲自始有法律上之瑕疵，故不得正當行之，而係初時原爲正當之行政行爲，惟因以後發生之事由，致不能向後繼續其效力時，使其失卻效力之行爲。形式上與基於法律上瑕疵之撤銷相同，故亦稱爲撤銷。大體上亦遵從同一之原則，尤於下列諸點爲然：(1)亦猶基於瑕疵之撤銷，分爲自由裁量之撤銷，與羈束撤銷二種者然，行政行爲之廢止，亦有基於自由裁量者，與非基於自由裁量者之區別，二者之區別標準，亦屬相同。(2)發生確定力之行爲，因爲不得撤銷之行爲，同時亦爲不得廢止之行爲。

然行政行爲之廢止，與行政行爲基於瑕疵之撤銷究有不同之處，於左列諸點，異其適用之原則：

一、行政行爲之廢止，原則上僅以自爲該行爲之行政官署，有其權限。蓋行政行爲之廢止，係因新事實之發生，致使其效果向後斷絕之行爲，性質上，與發生新效果之行爲相同，無後一種權限者，自亦無前一種權限也。此與行政行爲基於瑕疵之撤銷不同，不屬於監督權之作用，故監督官署、訴願裁決官署、行政法院等，無廢止行政行爲之權限。

二、行政行爲之廢止，爲使該行爲向後失却效果之行爲，故廢止之效果，僅及於將來，無論在任何情形之下，均不能溯及既往。其結果基於瑕疵之撤銷，在行政行爲效果既已終了後，或已失却效果後，尙得爲之，反之，行政行爲之廢止，則僅於效果繼續中爲之。

三、行政行爲之廢止，與行政行爲基於瑕疵之撤銷，最大不同之點在於其原因之不同。行政行爲之效果，在

於與人民以某種權利或利益，從而因其廢止，以致人民既得之權利或利益受侵害時，其廢止，非自由裁量行為，而係受法律上羈束之行為，此固與基於瑕疵之撤銷相同。然就其廢止之原因而論，則與基於瑕疵之撤銷有異，蓋非其行為自身，具有法律上之瑕疵，而係由於事後發生之新事實也。此種新事實因情形而不同，其最著者有下列數種：

1、依公法上雙方行為而成立之法律關係，以得因當事人之聲請，或得其同意而解除為原則，如議員辭職之許可，特許企業者廢業之許可是，是為由於合意之解除。

2、與以權利或利益者違反與該權利或利益俱來而應履行之義務，因其違反之程度過深，致不能不剝奪其權利或利益時，行政官署自得單獨的將其解除，是為由於違反義務之廢止。

3、與以權利或利益者，不適當行使其權利或利益，致其賦與目的不能達到時，亦與前者相同，是為由於功能不能之廢止。

4、與以權利或利益者，因實現其權利或利益，以致發生公益上之重大障礙時，亦與前列二者相同，是為由於公益上障礙之廢止。

5、間或因法令之改正，含有使以前所與之權利或利益，不能向後繼續之規定，致因法令改正之結果，單獨的將所與之權利或利益解除，是為由於法規改正之廢止。

行政行為之效果，附有期限時，原則上因終期到達而失其效果，故期限更新之不許可，與行政行為之廢止，異其性質。然行政行為之期限，許其得為更新時，法律之原意，顯不以該期限為確定期限，其目的，僅在當許可期限更新之際，審查有無應廢止之情事發生，故期限更新之不許可，事實上即係行政行為之廢止也。

第八章 行政罰及行政上之強制執行

行政行為，依照行政法規，或基於法規之根據，而使人民負擔公法上之義務時，為擔保其義務之履行起見，國家或公共團體對於違反義務者，所得採取之權力的手段有二，一為對於其過去違反義務之處罰，是為行政罰，一為使其將來實現其義務之手段，是為行政上之強制執行。

第一節 行政罰

(甲) 行政犯

一、行政犯之性質 依照行政法規，而課人民以公法上之義務時，為期其效果確實起見，對於違反其效果者，自有規定某種制裁之必要。法律對於違反行政法上義務之制裁，亦多科以刑法上定有刑名之處罰，即形式意義之刑罰，然亦有以「罰鍰」之名，以金錢罰為其制裁者，後者稱為形式意義之秩序罰。對於違反行政法上

之義務者，定有刑罰或秩序罰之制裁時，違反其義務者，稱爲行政犯。

行政犯之觀念，既與刑事犯不同，亦與民事上之不法行爲有異。行政犯與後者之區別，適與公法私法之區別相同，民事上之不法行爲，爲私法上義務之違反，行政犯，則爲公法上義務之違反，二者之區別，固極明瞭。至於行政犯與刑事犯之區別，在於二者之本質，固爲一般學者所承認，然其區別究在何處，則學說尙未一致，茲就吾人所信者述之。

行政犯與刑事犯性質上之區別，在於刑事犯之行爲，不俟國家之命令或禁令，依照社會普通之見解，均認人民以社會一分子之資格，有不爲該行爲之道德的責任，法律以該行爲爲犯罪，而科以刑罰之制裁，即爲滿足此種社會上之當然要求。反之，行政犯則爲國家由於行政上之目的，對於人民有所命令或禁止時，違反其命令或禁止之行爲。刑事犯，係違反以社會上一分子資格，所應具之道德上最低限度之要求，其觀念要素，含有社會上之惡性，即反道德性之分子，與其謂爲違反命令，毋寧謂爲當然之社會罪惡。法規規定之目的，在於處罰該行爲，而非新的命令或禁止該行爲。故刑事犯亦稱爲自然犯，意謂不俟法規之規定，其自然之性質即屬犯罪也。至於行政犯，則與刑事犯大不相同，如撤開國法之規定，其自身並不含有道德上罪惡之要素。非因反道德之故，加以處罰，寧係由於行政上之目的，因其違反國家命令或禁止之故，加以處罰，其處罰之必要，在於求行政目的之確實。故行政犯亦稱法定犯，意謂因法規之規定，始爲犯罪也。（註九八）

二、行政犯之種類 行政犯，因行政目的之不同，而分爲數種，其中最重要者，爲警察犯與財政犯。前者之目的，在於公共秩序之維持，後者之目的，在於國家收入之確保。除此二種以外，尚有種種之行政犯，然均係以行政上秩序之維持，或收入遁脫之防止爲目的者，故行政犯可大別爲秩序犯（警察犯爲其代表），與遁脫犯（脫稅罪爲其代表）二者。

三、刑法總則對於行政犯之適用 對於行政犯之處罰，定有罰鍰之罰時，因罰鍰在形式上，全然與刑罰相區別，故全然不能適用刑法總則。然如以刑法定有刑名之處罰，爲行政犯之制裁時，則因刑法第十一條，有「本法總則，對於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之，但其他法令有特別規定者，不在此限」之規定之故，除另有特別規定外，原則上受刑法總則之適用。

然如前所述，行政犯與刑事犯，大異其本質，故如以適用於刑事犯之原則，適用於行政犯，不適於事理者甚多，故法令多設有種種例外之規定，縱令並無明文規定，然由法令之精神觀之，應爲同一解釋者，亦不在少。行政犯與刑事犯，異其適用之原則者，在於左列諸點：

1、行政犯之責任者，不限於爲違反法規行爲之人，對於違法狀態之發生，負有注意監督之義務者，亦多應負其責。此尤於爲某種營業，或經營某種事業者爲然，縱令係該事業之受僱人，爲違反法規之行爲，然負其責任者，並非受僱人自身，法律寧係使僱用人受其處罰。此蓋以應依法規所定，而經營某種事業，爲僱用人對於國家

所負之義務，受僱用人對於僱人，雖負有忠實從事業務之義務，然對於國家，並不直接發生法律關係故也。然此非僱用人無罪而受罰，無罪受罰，為行政犯所無者，科以處罰，必有應科以處罰之罪責。僱用人所以應受處罰者，因僱用人對其所經營之事業，負有注意監督受僱人，使不為違反法規行為之義務，故如受僱人有違反法規之事實，即係僱用人怠於為注意監督之結果，僱用人自應負違反此種義務之責任。

2、法人亦得為行政犯之主體。刑事犯，因係以反道德性為其要素之故，性質上僅有自然人為其主體；反之，行政犯則為行政上義務之違反，且因警察義務、納稅義務等，法人亦應負擔之故，故法人亦有違反行政義務之事實，尤其於法人為僱用人之時，關於該事業之行政犯，多有處罰法人者。然對於法人之處罰，性質上以金錢刑為限，自不待言。

3、行政犯之成立，不以故意為必要。此或為法令所明文規定，然法令縱無明文規定，解釋上亦屬當然之理。觀於法令不以違反法規之受僱人為責任人，而以僱用人為其責任人之規定，足見其不以故意為要件矣。蓋僱用人係因怠於注意監督而受罰，非因故意為某種行為而受罰也。且就他種情形言之，當法令命以不使違法狀態發生之注意義務時，行政犯之成立，亦僅以怠於注意義務為已足，不以故意為成立要件也（參看刑法第十二條）。

4、行政犯多不適用關於共犯之規定。關於此點，證以法令以僱用人為其責任人之時，最為明瞭，此時僅以

僱用人爲其責任人，故爲該行爲之受僱人及他人，均不認爲共犯，而負其責。就他種情形言之，行政犯，爲行政法上義務之違反，不以反道德性爲其要素，故其責任之發生，以確係國法上命以某種義務之人爲要件。法律上之義務人，因違反義務而構成行政犯，無義務人之第三人，則不因助爲某項行爲之故，而負共犯之責。此尤於脫稅犯爲然，僅納稅義務人有犯罪能力，他人不得爲逋脫犯之主體（參看刑法第二八條至三一條）。

5、行政犯之成立，不以違法之認識爲必要，原則上與刑事犯相同。蓋以人民對於何者爲國家所禁或國家所命，負有應知之義務，故不得以不知法律爲免責之理由。惟不知法律，基於不能歸責於行爲人之事由時，換言之，即在實際知曉法律，爲常人能力所不可能之特殊情形時，則爲無過失之缺乏違法認識，在此種特殊情形之下，得以違法認識之欠缺，爲免除其罪責之正當理由（參看刑法第十六條）。

6、此外，刑法上關於併合罪、累犯、減輕等之規定，亦多不適用於行政犯（參看刑法第五十條至五六條，第四七條至四九條，第五七條至六三條）。

（乙） 行政刑罰

對於行政犯所科之處罰，有刑罰與秩序罰二種，其以刑罰制裁時，稱爲行政刑罰。

行政刑罰，爲形式意義之刑罰，其罰之種類、宣告及執行等，均應依照刑法及刑事訴訟法之原則，惟亦有若干特殊之原則，分述於左：

一、**逋脫犯之處罰** 對於脫稅犯及其他逋脫犯之刑罰，常爲金錢罰，且其罰額，當以其逋脫或以所欲逋脫之金額爲標準，科以若干倍金額之罰金或罰鍰，蓋以逋脫犯，純係出於確保收入之目的之故。

二、**對於法人之處罰** 對於法人之處罰，性質上以金錢罰爲限，刑法上，有罰金不能完納時，易科監禁之規定（刑法第四十二條一項後段），此種規定，對法人自不能適用。對於法人之金錢罰，僅能在其資產之限度內執行之。

三、**金錢罰之連帶責任** 二人以上之共犯，如爲刑事犯時，固得個別的科以刑罰，然在科以金錢罰之行政犯，雖係二人共同，仍爲單一之犯罪，故對於共犯之全體，科以單一之刑罰，而使其全體負其責任。此又分爲三種情形：（a）關於二人以上連帶所負之個別納稅義務，及其他金錢納付義務之逋脫犯，連帶義務人，自應連帶負其責任。（b）二人以上共同爲個別之營業時，關於該營業所負之責任，共同營業人應連帶負責。（c）關於法人之行政犯，法律規定處罰法人之代表人時，如其代表人爲二人以上，則應全體連帶負責。

（丙）行政上之秩序罰

秩序罰謂在國家或公共團體，與人民之關係上，當人民違反公法上義務時，國家或公共團體，在刑法上定有刑名之處罰以外，對違反者所科之處罰也。析言之：

1、秩序罰爲對於公法上義務違反之制裁，而非希望將來實現義務之手段，就此點言，秩序罰與後述之執

行罰有別。

2、秩序罰，爲國家或公共團體與人民之關係上，違反公法上義務之制裁，故與特別權力關係上之懲戒罰，及私法上之違約金，亦有區別。

3、秩序罰，爲刑法上未定有刑名者，故與刑法上之刑罰有別，從而科以秩序罰之行爲，並非刑法意義之犯罪，既非刑法上之犯罪，自不受刑法總則及刑事訴訟法之適用。

秩序罰常爲金錢罰，法律上稱爲罰鍰。由秩序罰之目的言，又可分爲三種：（1）爲民事上之秩序罰，係爲維持私法秩序起見，對於違反國家命令或禁止者之處罰，民法上所規定之處罰，卽屬此種。（2）爲訴訟法上之秩序罰，係爲維持訴訟手續上之秩序，而科之處罰，民事訴訟法、刑事訴訟法所規定之秩序罰，卽屬此種。（3）爲行政上之秩序罰，係爲維持行政上秩序所科之處罰，屬於行政罰之一之秩序罰，卽專指此種處罰而言。

第二節 行政上之強制執行

行政罰，爲對於過去違反行政法上義務者之制裁；行政上之強制執行，則係使其履行公法上義務，或使其實現與履行同一狀態之行政權作用。在私法上之法律關係，當義務人不履行義務之時，權利人無自爲強制執行之權能，僅能依據民事訴訟法，請求司法機關之強制執行而已，縱令其權利人係國家，如其權利爲私法的性

質，亦應依此原則。至於行政法上義務之不履行，則不待司法權之參與，得由行政權自爲強制執行。

行政上之強制執行，以特定之公法上義務業已成立，而義務人不履行其義務爲前提，其義務或直接爲法令所命，或係依據法令之行政行爲所命。在前一情形，無須特別之行政行爲，可依據法令，逕爲強制執行；在後一情形，則先由行政行爲命以義務，不從命令時始發生強制執行之問題。然不問在何種情形下之強制執行，均以義務之不履行爲前提，故與不以其爲前提之行政上強制作用（如警察強制）有別。

關於行政上強制執行之法律規定，有一般法與特別法之別。一般法之規定，係除特別法另有規定外，適用於一般公法關係者，如行政執行法第一條，第二條，關於代執行、執行罰、直接強制之規定，適用於金錢義務以外之一般公法上義務，即其適例。特別法之規定，係關於特殊公法上義務之特別強制手段之規定，如對於金錢給付義務之強制是。特別法上強制執行規定之討論，屬於行政法各論之範圍。茲專就一般法之規定，即代執行、執行罰、直接強制三者述之。

（甲）代執行

代執行，係對於得由他人代爲之作爲義務，所施之強制執行手段，即由官署自爲義務人應爲之行爲，或由第三人代爲，而向義務人徵收其所需費用之強制執行手段也（行政執行法第二條，第三條）爲代執行時，須其義務爲作爲義務，且其義務之性質，不以義務人自爲之要件，雖由他人代爲，亦可達到目的。此種手段，用以變

更外界之物質狀態時，最為適合。例如違法廣告牌之撤除、違法工程之破壞、沉沒船舶之打撈、不完全電氣設備之改修等，均得以代執行之手段，確實達到強制執行之目的。

代執行之程序有三，即戒告、執行與費用之徵收是。(1)為代執行時，須預定相當期間，戒告相對人，若不於期限內實行義務，則將為代執行。此種戒告，並非下命行為，而係催告履行義務之通知行為。如有急迫情事時，得不經戒告，逕為代執行，是為即時代執行(第二條二項)。(2)義務人不於戒告所預定之履行期間內，履行義務時，官署得自為義務人所應為之行為，或使第三人代為之，是為代執行之本體。所謂官署自為其行為，非必官署自身，為事實上之執行，命令部下指揮人夫為之，自亦其方法之一。所謂使第三人代為，多係依照承攬契約，使第三人負責完成其事。無論在何種情形之下，義務人對於執行，均有容忍之義務，官署亦得以實力強制其容忍，如加抵抗，即構成公務執行妨害罪。(3)執行所需之一切費用，向義務人徵收之，其費用總額，由官署決定，而命義務人於一定期間繳納，倘義務人屆期未為繳納，官署得依金錢給付義務之執行方法，強制徵收之。

(乙) 執行罰

執行罰，乃以強制公法上義務之履行為目的，預為倘不履行義務，則科以一定之罰之戒告，而對於違反其義務者，所科之處罰也(第四條)。執行罰與刑罰及秩序罰不同，非由法規規定一般之標準，而係在各個情形上，以行政行為預為戒告為要件，故亦稱戒告罰。其目的，在於以戒告加義務人以心理上之壓迫，使義務人自身履

行其義務，故爲純粹之強制執行手段，與一般之處罰不同。惟並非直接實現義務，而係以間接手段，強制義務之履行，故其效果較不確實。

得以適用執行罰者，以其義務爲不作爲義務，或雖係作爲義務，然具有非本人自爲，卽不能達到目的之性質者爲限。蓋如係他人得以代爲之作爲義務，則得以代執行而達強制執行之目的，不許爲執行罰之戒告。得以爲執行罰之戒告者，僅爲受種痘之義務、受健康診斷之義務、應官署召喚之義務等類義務。法令對於違反義務者之制裁，定有刑罰或秩序罰時，爲強制其履行義務起見，得爲執行罰之戒告與否，爲學說上爭訟不決之問題。依吾人所信，以否定說爲當。蓋以既定有罰則，法規自身卽不啻罰之宣告，如觸犯法規之規定，自應科以所定之罰，倘另設別罰而爲戒告，則屬違反法規矣。故執行罰之適用，僅對於未定罰則之義務爲之。（註九九）

科以執行罰時，（1）須定相當之期間，而爲倘不於該期間內履行則科以一定之罰之書而戒告。代執行，在急迫之情形時，雖無戒告亦得爲之；然執行罰則以戒告爲絕對要件，又其所戒告之罰，以罰鍰爲限，其數額，依官署而不同：（a）中央各部會爲三十元以下，（b）省政府及各所，直隸於行政院之市政府及各局，中央各部會之直屬官署，爲二十元以下，（c）縣市政府、省政府及其各廳直屬之行政官署，爲十元以下，（d）其他行政官署，爲五元以下（行政執行法第五條）。（2）義務人受戒告後，倘不於指定期間履行作爲義務或不作爲義務，則官署得決定罰鍰之金額及繳納日期，將決定書正本，交付於義務人。但因執行罰爲強制執行之手續，故雖不於指

定期間內履行義務，而於罰鍰處分之決定前履行時，則不得再爲罰鍰處分。又科以執行罰後，如仍不履行義務，則官署得新定期間，爲執行罰之戒告，而反復科罰之。若義務人不肯繳納罰款時，官署得依金錢給付義務之執行方法，實行強制徵收。

(丙) 直接強制

直接強制，謂依法規規定或行政行爲，命以某種義務者，不服從命令時，對於義務人之身體或財產加以實力，以直接實現其命令之狀態（第六條至第十條）。代執行與執行罰係命以與已成立義務迥異之新定行務，故爲代執行或執行罰時，須有法律之特別規定；直接強制，則係實現已成立義務之本來形態，而因國家意思自身，具有執行力之故，故直接強制不俟法律之特別規定，主管官署，有逕爲直接強制之權能。直接強制，對於作爲、不作爲、或容忍義務等，均得爲之，惟因其係對於身體或財產，加以實力之壓迫，故行政執行法規定，得爲直接強制者，以1、依照代執行或執行罰，不能達到強制執行之目的時，或2、有急迫之情形時爲限。

直接強制，就其係以實力，而實現與履行義務同一狀態之作用言，與代執行相類似，其不同者，在於代執行，係代義務人所爲行爲之作用，直接強制，則係對於義務人之身體財產，加以實力。例如命令拆除有害風俗之廣告牌，當義務人延不履行時，官署代爲拆除者，固爲代執行，如逕將其拆除，則爲直接強制。代執行，向義務人徵收費用，直接強制則不徵收費用。

直接強制，適用於金錢給付義務以外之一切公法上義務，尤其於不作爲義務，或他人不能代爲之作爲義務，其適用最多。例如對於強入禁止通行處所者，以實力抑止之，對於不應召喚之命者，以實力拘捕之，對於不從中止演說之命者，以實力使其降臺，對於不服集會解散之命者，以腕力使其退散等皆是。此外，在給付義務上，對於不履行物品給付義務者，得以實力扣押其物品，在忍受義務上，得以實力強制其忍受。至於得由他人代爲之作爲義務，通常僅以代執行之手段，已可達到目的，有急迫情形時，始許爲即時代執行，故適用直接強制之時甚少。然亦非完全無其適用，如在有急迫情事，而人夫難得之時，及義務人貧無資力，難期徵收代執行費用之時，則有以實力壓迫義務人，使義務人自行履行其義務之必要。例如在洪水、火災等非常事變之際，如人夫不足，警察官得以實力驅迫附近人民，使其從事防禦工作，即其適例。

第九章 行政上之損害賠償及損失補償

因行政權作用之結果，加人民以財產上之損害，而其損害，別無應歸人民負擔之事由時，自應賠償其損害，始適合正義之要求。其賠償又分二種，一爲私法上之損害賠償，一爲公法上之損失補償，茲分述之。

第一節 基於行政作用之賠償責任

公務員或公共團體人員，以國家或公共團體機關之資格，行使行政事務，因故意或過失，而違法侵害他人

之權利時，既生公務員或公共團體人員之賠償責任問題，復因而發生國家或公共團體負其賠償責任與否之問題。關於前一問題，已見前述（參看本書第二編第三章第五節），茲專就後一問題言之。

因公務員之職務行為，違法侵害他人之財產上權利時，如係由於公務員之故意或過失，則公務員自身，應負損害賠償之義務，有如前述。然公務員個人，未必富有資力，且其負擔責任，不及於故意過失以外之情形，故僅使公務員個人負責，未必能收損害賠償之實。按民法第一八八條，第一九〇條及第一九一條，設有僱用人，動物所有人與工作物所有人賠償責任之規定。此種規定，在何種限度內，適用於國家或公共團體，為應加論究之問題。（註一〇〇）

於此問題，先應將國家之作用，別為權力作用與非權力作用二種。國家在一方面為統治團體，其統治權之作用，與私人行為完全異其性質，不受民法規定之適用，故關於統治權之作用，縱令因而違法侵害他人權利，亦非民法意義上之不法行為，故國家於此不負損害賠償之責。此不徒行政行為、裁判判決等，以公定力拘束人民之公法行為為然，即令為事實上行動，如係基於統治權之強制權作用，公務員個人雖負損害賠償責任，然國家自身並不受民法之適用，故受害人對於國家，不得請求損害賠償。（註一〇一）

然國家在另一方面，亦具有事業團體或經濟團體之性質，間或並不發動國家之統治權，而以與一般私人行為同一之手段，經營事業，管理物件者。此等事業或物件，既係國家所經營管理之公事業或公物，必係基於公

益之目的，在公益必要之限度內，自與純粹之私企業或私物不同。然此非國家特有之權力作用，而係與私人行動相同之非權力作用，故除具有公益上特別理由者外，應與私企業及私物，同受民法規定之適用。民法上損害賠償對於國家之適用，自以此種非權力之事業經營，或物之管理為限（註一〇二）

第二節 公法上之損失補償

一、公法上損失補償之性質

公法上損失補償云者，謂因國家公權之行使，以致對於無責任之特定人，加以經濟上之特別損失，或將加以損失時，以補償其財產上損失為目的，所負之公法上金錢給付義務也。就其為損失補償言，固與民法上之損害賠償相同，然（1）為其補償原因之損失，係由於適法的國家公權之行使，非由於不法行為（2）其損失，為並無法律上責任而受之經濟上特別犧牲（3）其損失，不限於業已發生之損失，即將近發生之損失，亦得請求補償，故與民法上之損害賠償有別，茲再分論之。

（1）公法上之損失補償，係對於適法的國家公權行使而生之補償，並非對於不法的加以財產上損害之賠償。為損害賠償之原因者，為民事上之不法行為，此類行為，以非權力的經濟活動為限，與私人行動有同樣之性質，故與私人行動服從同一之規律，為不法行為時，應依民法而負損害賠償義務。反之，為損失補償之原因者，

常為適法的國家公權行使，並非應與私人行動同視之私經濟作用，而係由於國家權力作用而生之特別損失，其損失係基於公法的原因。此損失，亦非不法行為所加之損失，而係基於正當權限之適法行為所加之損失。損失補償既具有公法的性質，為其補償對象之損失，又係基於公法的原因，故因此而生之補償義務，自亦為公法上之義務。

(2) 公法上之損失補償，並非本人具有應負擔其損失之事由，而係對於特定人加以某種經濟上之特別犧牲時，所為之給付。蓋對於一般人民公平分配之負擔，係國民應負之義務，自不必加以補償。又如具有處罰或警察係制等，有應課以負擔之事由時，該特定人有忍受之義務，亦無補償之必要，故必係並非課於一般人民之平均負擔，且該特定人並無應課以負擔之原因，而使其負擔特別犧牲時，國家補償其財產上之損失，始合於公正之要求，亦僅於此時際，始為公法上之損失賠償也。

(3) 在民法上之損害賠償，常係先加損害，而於事後加以賠償。然在公法上之損失賠償，固係先加損失而後補償，然亦有如土地徵用等，先以補償為條件，其條件成立後加以損失之權利，亦始成立者。在後一種情形，損失補償與損害賠償性質之差異，更見明瞭。

(4) 關於民法上之損害賠償，民法有一般之規定，苟與其規定相合，當然發生賠償義務。至於公法上之損失補償，則缺乏此種一般之規定，僅於各種特別情形，有個別之規定而已。若法律別無規定，則因其係基於正當

權限之適法的公法行爲，而生之損失，故人民有忍受其損失之義務，並非不俟法律之特別規定，當然得以請求損失補償。

二 公法上損失補償之實例

由公法上損失補償之經濟性質觀之，其形態至爲複雜，倘與民法上關係相比較，則有與買賣價金相當者，有與借地費及其他報酬相當者，亦有與損害賠償相當者，分述於次：

1、與買賣價金相當者 如依照土地法而收用土地時，收用權人對於土地所有人，應補償其土地之價額是。

2、與借地費、勞務報酬、承攬報酬相當者 與借地費相當者，如國家因經營某種事業，而使用他人土地時，支付於土地所有人之損失補償是；與勞務報酬相當者，如郵局要求人民幫同發送郵件時所支付之報酬是；與承攬報酬相當者，如郵局對於運送郵件之鐵路、船舶所支付之報酬是。

3、與損害賠償相當者 例如實行冤獄補償制度國家，對於宣告無罪或不起訴處分者，由國家與以補償是。

三 補償金額之決定

公法上損失賠償之金額，原則上，應以既加損失或將加損失爲標準，與以足以補償其損失之金額，然其損

失，在某程度內，有應歸責於本人之事由時，則本人在某程度內，有忍受其損失之義務，故僅應補償其一部。至於決定金額之標準，依照各個之法律規定，如法律別無規定，則依照條理決之。

補償金額，除直接由法律規定者外，其金額之評定，有經特別行為之必要，至於如何評定，依各法律之規定而不同。通常係經當事人間之協議而定，如協議成功，則成立公法上契約，補償請求權因而確定。如協議不成，或不可能時，則由有權限之行政官署裁定，不服其裁定者，自可提起訴願或行政訴訟，由其上級官署或行政法院決定之。

第四編 行政爭訟法

凡關於法律關係之存在及形成，有所爭執，而請求國家機關裁斷之行為，謂為爭訟之提起。爭訟提起後，以國家權力裁斷其爭執，而為決定之行為，謂為裁判。自提起爭訟而至裁判決定間之一切行為，稱為爭訟程序，或簡稱爭訟。

行政爭訟者，關於行政上事項之爭訟也。行政爭訟與民事訴訟及刑事訴訟相對稱。民事訴訟，為關於民事上法律關係之爭訟；刑事訴訟，為關於適用刑罰法規之爭訟；行政爭訟，則係關於適用行政法規之爭訟也。其中有採用正式訴訟手續者，有不然者，前者為行政訴訟，後者為訴願，茲分述之。

第一章 訴願

第一節 訴願之意義

訴願者，人民因中央或地方官署違法或不當之行政處分，致其權利或利益受損害時，請求原處分官署之上級官署，或該官署自身，以行政上之程序，審查該處分之當否，並為一定決定之爭訟也（訴願法第一條）。其要點如次：（註一〇三）

一、訴願事項 為因行政官署之違法或不當處分，致人民之權利或利益受損害。（註一〇四）（註一〇五）

二、訴願人 為因該處分而致權利及利益受損害之人，此不限於該行政處分之相對人，且包含受損害之

第三人。（註一〇六）（註一〇七）

三、訴願之受理機關 為原處分官署之上級官署，或原處分官署自身。

四、訴願之效果 在於對原處分為維持或廢棄之決定。

訴願與行政訴訟，雖均為行政爭訟，然二者大不相同，其不同之點有四：（一）訴願之受理機關，為原處分官署之上級官署，或該官署自身，行政訴訟之受理機關，為行政法院。（二）訴願之審理，採用行政程序，當事人祇能請求受理訴願官署，為書面上之審理，雖訴願官署，有時亦得為言詞審問，但屬於該官署裁量之自由，當事人並不當然要求之權利；行政訴訟之審理，則採用司法程序，當事人有請求為言詞辯論之權利，得於裁判官之前，陳述一己之主張，與對方互相辯駁，與民事訴訟相同。（三）提起訴願之原因，為因中央或地方官署之違法或不當處分，致人民之權利或利益受損害，提起行政訴訟之原因，則為因中央或地方官署之違法處分，致人民之權

利受損害。然訴願與行政訴訟，亦非毫無關係，蓋依行政訴訟法第一條規定，必依訴願法提再訴願，而不服其決定，或提起再訴願二個月，不為決定者，始得提起行政訴訟，故訴願實為行政訴訟之先行政程序也。

訴願與請願亦不相同，請願者，希望國家為一定行為或不行為之請求也。請願不過希望國家加以考慮，國家對於請願，亦僅以受領審查為已足，固不必如其所請，為一定之行為，故與訴願之受有拘束者不同。（註一〇八）

第一節 訴願之管轄

依訴願法第二條規定，訴願之管轄如左：

- 1、不服縣、市政府之處分者，向省政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願。
- 2、不服省政府各廳之處分者，向省政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願。（註一〇九）
- 3、不服省政府之處分者，向中央主管部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。
- 4、不服直隸行政院之市各局之處分者，向市政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願。
- 5、不服直隸行政院之市政府處分者，向中央主管部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。
- 6、不服中央各部會之處分者，向原部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。
- 7、不服五院或直隸國民政府各官署之處分者，向原院或原官署提起訴願。（註一一〇）

又按同法第三條規定，對於前列七款以外之中央或地方官署，提起訴願時，應按其管轄等級，比照前條之規定爲之。

第三節 訴願之程序

(甲) 訴願期間 訴願應於官署之處分書或決定書達到之次日起，三十日內提起之。訴願人不在訴願官署所在地居住者，則計算此項期限時，應扣除其在途期間，其因事變或故障，致逾期限者，得向受理訴願之官署，聲明理由，請求許可。又期限之末日爲星期日、紀念日，或其他休息日者，不得計入（第四條）。此均爲維持社會生活之安全，與保護訴願人之利益而設之規定也。（註一二）

(乙) 訴願書及答辯書 訴願人提起訴願時，應提具署名之訴願書，載明下列事項（參看二三年八月十日國府令飭行政院頒發之訴願書格式及說明）：

- 1、訴願人之姓名、年齡、性別、職業、住所，如係法人，其名稱及代表人之姓名、年齡、性別。
- 2、原處分或決定之官署
- 3、訴願之事實及理由。
- 4、證據。

5、受理訴願之官署。

其有證據文件者，應添具繕本，再訴願者，並應附錄原訴願書及原決定書（第五條），且於訴願書外，應同時繕具訴願書副本，送於原處分或原決定之官署。該官署於收到該項副本之次日起，十日內應作成答辯書，並將必要之關係文件，送於受理訴願之官署。但原處分官署，認訴願為有理由者，得自行撤銷原處分，並呈報受理訴願之官署，以省手續（第六條）。

（丙）訴願之決定 訴願提起後，除受理訴願官署，認為不應受理，應附理由駁回者外（但其訴願書不合法定程式者，應發還訴願人，令其補正——第七條），受理訴願之官署，應於收受訴願書之次日起，三個月內，為一定之決定。此項決定，以書面決定為原則，言詞辯論為例外（第八條），且應作成訴願決定書，記明主文事實及理由，於決定後七日內，送達訴願人及原處分官署（第八條）。

（丁）訴願決定之效力 訴願之決定，有拘束原處分或原決定官署之效力（第十一條）。訴願未決定前，原處分不失其效力，但受理訴願之官署，得因必要情形，停止其執行（第十條）。又公務員因違法或不當處分，應負刑事責任，或應付懲戒者，由最終決定之官署，於決定後，送達主管機關辦理（第十二條）。

第二章 行政訴訟

第一節 行政訴訟之意義及其要件

行政訴訟一語。有學理上與法律上兩種意義。由學理上之意義言，行政訴訟者，關於行政事件之訴訟也。就其為訴訟言，與其他行政作用相區別，就其為關於行政事件之訴訟言，又與民事訴訟刑事訴訟相區別。故欲知何謂行政訴訟，須先知何謂訴訟，何謂行政事件。

一、訴訟謂以正式手續而行之爭訟，其中心觀念，在於必須經過一定之手續，故所謂行政訴訟，即係由有獨立地位之行政法院，與兩造當事人以言詞辯論之權利，以裁斷關於行政事件爭執之手續也。學者有求訴訟觀念於其目的，而謂訴訟係對於實在之事實，確認法規之適用為目的者。然以確認法規適用為目的之行為，初不限於訴訟，行政上之確認行為，亦有同一之性質，故不能以此為訴訟之中心觀念。

二、行政事件，係適用行政法規之事件，行政訴訟，則係關於行政事件之訴訟，故與民事訴訟之以適用民事法規為目的，刑事訴訟之以適用刑事法規為目的者，均不相同。

行政訴訟，係關於適用行政法規之訴訟，故不專以保護人民之權利為目的。學者咸謂行政訴訟，與民事訴訟之以保護個人私權為目的者相同，以保護個人公權為目的，此誠忽視公法與私法區別之見解。蓋在私法，法與權利同其範圍，所有之法規規定，即為權利規定，故關於適用私法規定之裁判，常以保護個人之權利為目的。

至於公法，則法與權利之關係，並不如此密切，公法以保護公益爲目的，個人權利之保護，僅限於適用公益之時。換言之，公法之大部分，並非權利之規定，而爲公益之規定，故適用公法之裁判，並非專以保護個人之公權爲目的。質言之，行政訴訟之主要目的，在於法規之正當適用，而維持法規之秩序，個人權利之保護，則其附帶之結果也。（註一一二）

由法律之意義言，行政訴訟者，人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願，而不服其決定，或提起再訴願，逾二個月，不爲決定時，向行政法院提起之訴訟也（行政訴訟法第一條）。據此定義，可得行政訴訟之要件如次：（註一一三）

- 一、須因中央或地方官署之違法處分，故如係不當處分，則不得提起行政訴訟。
- 二、須因違法處分，而損害其權利，故如僅損害其利益，亦不得提起行政訴訟。
- 三、須依訴願法提起再訴願，而不服其決定，或提起訴願二個月，不爲決定（向五院或直隸國府機關提起之訴願，以再訴願論——第一條二項）。
- 四、須向行政法院提起，而請求對於所控訴之決定，予以審查及裁決。

行政訴訟法第二條規定：「提起行政訴訟，得附帶請求損害賠償，此項損害賠償，除適用行政訴訟之程序外，準用民法之規定，但民法第二百十六條規定之所失利益，不在此限。」蓋因中央或地方官署違法處分之結

果，往往使人民之權利受損害，此種損害，經提起行政訴訟之結果，而撤銷變更原處分後，有完全除去者，有不能除去者，其不能除去者，自應許其附帶請求損害賠償，以保護人民之權利，且因此項損害賠償，大體上亦與民法上之損害賠償相同，故原則上適用民法第二百十三條以下，關於損害賠償之規定。（註一一四）

第二節 受理行政訴訟之機關

關於受理行政訴訟之機關，各國法例不同。英美法系國家，本於法律上人人平等之原則，認為行政訴訟，不應與民刑訴訟異其管轄，故行政訴訟原則上仍由普通法院受理之。大陸法系國家，則於普通法院以外，另設行政法院，以受行政訴訟。此制肇始於法國，蓋法國在大革命以後，行政機關之行政，往往受法院之干涉，為保持行政獨立起見，乃厲行行政與司法分權之原則，將關於行政訴訟之爭執，盡歸行政機關受理。願行政機關，以被告而兼為裁判官，於理自有未合，故嗣更厲行積極行政與訴訟行政畫分之原則，於行政機關以外，另設獨立之行政審判機關，以當處理行政訴訟之任。德日等國，雖情形與法國不同，但因由於權力分立之觀點，行政訴訟不應由普通法院審理，且行政訴訟之性質，至為複雜，審理者不僅需要法律知識，亦且需要行政經驗，普通法院法官，大都缺乏行政經驗，以之處理行政訴訟，未必能勝任愉快，故亦沿襲其制。我國以獨立之行政法院，處理行政訴訟審判事務，大體上亦屬模仿法國制度者也。（註一一五）

依行政法院組織法規定，行政法院，審理全國行政訴訟審判事務（第一條），置院長一人，綜理全院事務，兼任評事，並充庭長（第二條）。其下分二庭或三庭，每庭置庭長一人，院由院長兼任者外，就其餘評事中選充之，監督各該庭事務，並定其分配（第三條）。每庭置評事五人，掌理審判事務，其中應有曾任法官者二人（第四條）。評事以具備下列資格者充任之：1、對於黨義有深切之研究者；2、曾任國民政府統治下簡任職公務員二年以上者；3、年滿三十歲者（第六條）。行政法院之審判，以評事五人之合議行之，合議審判以庭長為審判長，庭長有事故時，以評事之資深者充任之（第五條）。評事具有民事訴訟法第三十三條規定之原因，及1、曾在中央或地方官署，參與該訴訟事件之處分或決定者；2、曾在普通法院參與訴訟事件之審判者，應自行迴避，不得參審審判（行政訴訟法第六條）。（註一一六）（註一一七）

第三節 行政訴訟之當事人

行政訴訟法第七條一項規定：「行政訴訟之當事人，謂原告、被告及參加人。」茲為分別說明於左：

一、原告 謂提起行政訴訟之人，即因違法處分而致權利受損害之人，惟不以該處分之直接相對人，即受處分之人為限，因對於他人之處分，而致權利受損害之人，亦包含之。

二、被告 謂提起行政訴訟之相對人，即駁回訴願時之原處分官署，及撤銷或變更原處分或決定時，為最

後撤銷或變更之官署（同法第九條）。行政訴訟既以官署爲被告，而不以他人爲相對人，則自訴願決定，而至起訴之間，官署之構成員縱有更迭，仍得以同一官署爲被告，又因組織變更，再決定官署之權限，已移轉於他官署者，亦得依起訴當時之組織法規，以就該事件有權限之官署爲被告。

三、參加人 謂就他人所提起之行政訴訟事件，有利害關係之第三人，於該訴訟繫屬中，參加於其訴訟之謂。行政訴訟法所以以參加人爲當事人者，良以行政訴訟，非兩法律關係主體間之訴訟（當事人訴訟），而爲不服再決定人，對於再決定官署之訴訟，其訴訟結果，致第三人權利受影響者甚多，爲求審判之確實平允起見，有使利害關係人參加訴訟之必要。

惟有應注意者，民事訴訟之參加人，其參加任於參加人之自由意思，行政訴訟之參加人，則由行政法院之命令，或得其允許而參加之。蓋民事訴訟，以保護私權爲目的，與公益無直接關係，故第三人之參加訴訟，可以任其自由，而行政訴訟，爲有關行政事件之訴訟，於公益有直接影響，且參加人與原被告，在訴訟上幾有同一之權能，故其參加，不可任諸當事人之自由也（行政訴訟法第八條）。惟具有參加資格之人，請求參加而不獲允者，得準用民事訴訟法規定，提出即時抗告。

行政訴訟之當事人，得委任代理人代理，訴訟代理人，應起出委任書，證明其代理權（第七條二項）。

第四節 行政訴訟之程序

依行政訴訟法規定，行政訴訟，應於再訴願決定到達之次日起，二個月內提起之（第十條）。提起行政訴訟，應以書狀爲之，其中記載1、原告之姓名、年齡、性別、籍貫、職業、住所或居所，如係法人，其名稱、事務所、及代表人之姓名、年齡、性別，2、由代理人提起行政訴訟者，代理人之姓名、年齡、性別、職業、住所或居所，3、被告之官署，4、起訴之事實、理由、證據、及再訴願之決定，5、年月日等項，由原告或代理人簽名、蓋章、或按指印。其不能簽名、蓋章、或按指印者，得使他人代書姓名，並由代書人記明其事由並簽名，呈遞行政法院（第十二條）。行政法院審查訴狀，認爲不應提起行政訴訟，或違背法定程序者，應附理由以裁定駁回之，但僅係訴狀不合法定程式者，應限定期間命其補正（第十三條）。

行政法院受理行政訴訟後，應將訴狀副本及其他必要書狀副本，送達於被告，並限定期間命其答辯（第十四條）。被告答辯書，亦應具副本，由行政法院將該副本送達於原告（第十五條）。行政法院認爲必要時，得限定期間，命原告被告以書狀爲第二次之答辯（第十六條）。被告之官署，不派訴訟代理人或不提出答辯書，經行政法院另定期間以書面催告，而仍延置不理者，行政法院得以職權調查事實，逕爲判決（第十七條）。

行政訴訟就書狀判決之，但行政法院認爲必要，或依當事人聲請，得指定期日，傳喚原告被告及參加人，到

庭爲言詞辯論（第十八條）。原告被告及參加人，於爲言詞辯論時，得補充書狀或更正錯誤，及提出新證據（第十九條）。行政法院認爲必要時，得傳喚證人或鑑定人（第二十條）。並得指定評事，或囑託普通法院，或其他官署，調查證據（第二一條）。

關於行政訴訟程序上之請求，由行政法院裁定之（第二二條）。行政訴訟法所未規定事項，準用民事訴訟法之規定（第二八條）。

第五節 行政訴訟之效力

依行政訴訟法規定，行政訴訟之效力如次：

一、原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止，但行政法院，或爲處分或決定之官署，得以職權或以原告之請求停止之（第十一條）。蓋行政訴訟未爲判決以前，所告爭之決定或原處分，仍推定爲適法，自不能因行政訴訟之提起，而違令推翻，惟如暫時停止行政處分之執行，在公益上並無障礙，一旦執行，卽難回復原狀時，自以暫時停止執行爲妥當，及行政訴訟法又設例外之規定焉。

二、行政法院認起訴爲有理由者，應以判決撤銷或變更原處分或決定，其附帶請求損害賠償者，並應爲判決。認起訴爲無理由者，應以判決駁回之，其附帶請求損害賠償者亦同（第二三條）。依此規定，是行政訴訟之

判決，可分爲二類：一爲請求駁回之判決，卽以起訴爲無理由之判決；一爲請求容認之判決，卽以起訴爲有理由之判決，後者更可分爲三類：（1）宣告之判決，卽宣告所訟爭之決定或處分爲無效之判決；（2）撤銷之判決，卽將所訟爭之決定或處分全部撤銷之判決；（3）變更之判決，卽將所訟爭之決定或處分爲變更之判決，如撤銷該行爲之一部，撤銷其全部，而另以他種行爲代之，或命行政官署，更爲他種行爲等，皆是也。

三、對於行政法院之裁判，不得上訴或抗告（第三條）。此蓋以我國行政訴訟，係採一審制度，行政法院以始審而兼終審機關，故除後述關於再審之規定外，對於行政訴訟之裁判，不得上訴或抗告。

四、行政法院之判決，就其事件，有拘束各關係官署之效力（第四條）。是爲關於行政訴訟判決拘束力之規定，亦卽行政訴訟判決，定民事訴訟判決重要之差異。蓋民事訴訟判決，以當事人間權利之爭執，爲其內容，其判決僅在確認當事人間權利之範圍，故受其拘束者，亦僅當事人而已；行政訴訟之判決，則係確定行政行爲之效力，或新爲行政行爲，與一切行政行爲相同，有拘束所有關係人之效力，故不僅對訴訟當事人有拘束力，而有就其事件，拘束各關係官署之效力，惟此種拘束力，僅指已受判決之該事件而言，其他同類事件，則不受其影響也。

五、行政訴訟判決之執行，由行政法院呈由司法院，轉呈國民政府訓令行之（第二七條）。此蓋以行政訴訟與民事訴訟不同，以行政官署爲被告，而對於官署之執行，僅以發動行政監督權爲已足，無爲強制執行之必要。

要故也。

六、有民事訴訟法第四九二條所列各類情形之一者（如判決法院之組織不合法，參加裁判之推事，關於該訴訟，違背職務，犯刑事上之罪者），當事人對於行政法院之判決，得向該院提起再審之訴（第廿四條）。再審之訴，應於兩個月內提起之，此項期間，自判決送達時起算，其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算（第廿五條）。此蓋以行政法院之判決，既經確定之後，固以不得請求撤銷為原則，然如訴訟程序或判決本體上具有重大瑕疵時，亦絕對不許撤銷，於理未免失當，且行政審判為一審判，當事人如有重大理由，仍不許其要求再審，亦不足以資救濟，故行政訴訟法，有上列關於再審之訴之規定焉。（註一一八）

附註

(註一) 行政一語，在英法爲 Administration，在德爲 Verwaltung，有廣狹不同之種種意義，或指私有地之處理而言，或指商業之管理而言，或指政府事務之處理而言。其用於政府事務之處理者，亦有三種不同意義。最廣義之行政，係包括政府作用之全部而言；狹義之行政，係指除立法作用以外之其他作用而言，相當於一般所謂執行之意；最狹義之行政，則指除立法作用、司法作用外，其他一切作用而言。

因行政一語含義複雜，故關於行政概念之說明，學說亦至爲分歧。除吾人上述之說明外，有謂「行政爲實現國家目的之作用」者，有謂「行政爲憲法之間接執行作用」者。前者含義過於廣汎，未能資以認識行政之內容。後者則由奧大利學者克爾生(Hans Kelsen)之「純粹法學」而來。純粹法學之根本理論，在於置法律之政治、社會、經濟諸因素於不論，專由法律理論說明法律。此種理論，忽視法律爲社會現象之一，有其社會背景與社會功能，充其所至，有使法學玄學化之虞，故亦吾人所不採。

(註二) 關於行政與立法之區別，學說亦不一致。(一)有謂行政與立法之區別，在於其作用之目的者，

(二)有謂在於其作法與否者，(三)有謂立法係爲一般的規定，行政則爲各個具體事件之處理者。此數說均屬不當。蓋以目的而論，立法與行政，均係爲國家種種目的而爲之作用，國家欲徵收租稅，先制定租稅法，而後依照該法，決定課稅標準，而頒發徵稅令。制定租稅法爲立法行爲，決定課稅標準而頒發徵稅令，則爲行政行爲，然其由於徵稅之目的，固無所異。此第一說之不當。法爲社會生活上，人類之意思及利益之強制的規律，有成文法與不文法之分，不文法固非立法機關所訂立，成文法亦非全由立法機關制定，如條例、規則、章程等，基於法規之授權，而由行政機關制定者，實不在少。故如謂立法爲作成法規，行政爲執行法規，實爲望文生義之說明，未足說明行政與立法之區別，此第二說之不當。至謂立法爲一般之規定，行政爲各個具體事件之處理云云，或足以說明立法與司法之區別，顧不足以說明立法與行政之區別。蓋立法固以一般抽象之規定，爲其通常性質，然因一般社會生活中，有不適於定型之特殊異例，不能或不應適用一般規定者，立法機關乃不得不於一般立法之外，另設特殊之規定（如在銀行法之外，另有所謂農民銀行法之規定），此種規定，仍不失爲立法行爲，足見立法行爲，並不限於一般之規定也。反之，行政行爲，亦不限於具體事件之適用，如郵政規則之制定，電話規則之制定等，固係爲一般規定之行爲，然由其行爲之性質言之，固係行政行爲而非立法行爲也，由是觀之，足見第三說之不當矣。

(註三) 吾人謂行政與司法之區別，不在於性質之不同，而在於目的之有異，有如前述。然舊日通說，咸求

行政爲司法之區別標準於國家行爲之性質，彼輩謂司法之特質，在於就具體事件而適用法規，僅宣告何者爲法而已，卽以司法作用之目的，在於將法規之規定，宣告於實在案件之中，無自由裁量之餘地，反之，行政之特質，在於彼係在法規範圍內，爲自由裁量之作用，故舊派學者，恆以司法爲法規之「傳聲機」焉。不知司法作用中，專依法規所定之標準而判斷，無自由裁量之餘地者，惟民事裁判爲然，不能適用於刑事裁判，蓋在刑事裁判上，法律常在相當廣汎之範圍內，與檢察官及裁判官以自由裁量之餘地也。反之，在行政行爲上，毫無自由裁量餘地，而與民事裁判相同者，亦不在少，如後述之確認行爲是也，故自由裁量之有無，殊非行政與司法區別之標準。

（註四）吾人上述之行政概念，係專由行政之實質意義說明，卽由國家作用之內容，以求行政之概念。然一般學者，咸崇德國公法學大家 Paul Laband 氏之說，分行政概念爲實質意義與形式意義二種，而爲表裏呼應之說明，卽於實質意義之行政外，更由分掌各個國家作用之機關權限上，而求行政之概念，如謂「行政，乃屬於國家行政機關及自治團體權限內之作用」之定義是也。

然此種以不同標準說明同一之名詞之方法，既使行政之概念，趨於撲朔迷離之境，令人無可捉摸，在我國現制下，尤不適合。蓋我國政制特殊，組織複雜，掌立法者，不僅爲立法院，而由中央政治委員會，決定立法之原則，舉行政者，不僅爲行政院，而有軍事委員會等，直屬國府自成系統之機關，司法院亦不專掌司法審判，而且兼理司法行政，推而至於考試監察各權，亦莫不有相似之情形，勢不能由各個機關之權限上，發見行政之概念，故吾

人寧一反通說，置行政之形式概念於不論，而專論其實質概念焉。

(註五) 近年各國學者，提倡法一元論，而否認公法與私法之區別者頗多，奧大利學者克爾生 (Kelsen) 卽其顯著之代表。氏謂國家與人民之關係，由法律上觀之，並非權力服從關係，而爲權利義務關係，其性質，與私人相互間之關係，毫無所異。而斥公法與私法區別論者，所謂公法爲國家與人民之關係，爲無限制之權力服從關係，與私人相互間關係，完全異其性質云云，爲專制時代之思想，在法治主義之現代，早已不能存在。且藉令國家與人民之關係，爲權力服從關係，然權力服從關係，爲純粹之事實上關係，屬於實在之世界，不能爲法律觀察之對象。蓋「在事實上縱係握有絕大權力之國家，然其與人民之關係，由法律上觀之，亦猶擁有絕大資本之企業家，與最下級勞動者之關係然，蓋二者均非法律上之實力者，而係「人」，卽相互享有權利負擔義務之主體。勞動者在雇傭契約範圍內，對於企業家所負之私法上義務，與人民對國家所負之服從義務，法律上完全同其性質。」(見所著國法學之主要問題) 故不能以其一爲公法，另一爲私法也。

克爾生以國家與人民關係，爲權利義務關係，而非權力服從關係，固爲吾人所贊同。然彼忽視在同一權利義務關係中，更可因其性質之不同，而再爲公法私法之分類，竊於同而不察其異，則爲吾人所反對。誠以公法與私法之區別，爲現代國法之基本原則，對於各種制定法規，倘不知其性質爲公法或私法，則對其所生之效果與內容，卽無法明瞭故也。在採用司法裁判與行政裁判分立之國家，公法與私法之區別，爲決定裁判管轄之標準，

其爲不能忽視，更屬顯然。

(註六) 日本法學大家美濃部達吉，於一九三五年，著有公法與私法一書，就公法與私法之區別，公法與私法之共通性及特殊性，公法與私法之關聯等問題，剖析甚詳，洵值一讀（此書現已有人譯出，在商務印書館出版）。

(註七) 德意志巴威那(Bavaria)邦 威爾巴曲(Wittelsbach)王室之命令，最足表現此種情形，該令云：「王室爲臣民之真正監護人，茲特告諭爾等，迷蒙務遵循法令，各就正軌，如何始能修身，如何始能齊家，均屬王室之職責。」并人民之修身齊家而管督之，可見當時國家干涉個人自由之甚矣。

(註八) 我國古代非無規定施政準則之法規，如唐之六典、明清之會典，均其最著之例。然彼時君主統於一尊，無法治主義之可言，與近世所謂行政法者，貌似而神殊，混爲一談，轉有牽強附會之嫌，故吾人論行政法之史的發展，置此類會典而不敘，而專論歐洲各國行政法之沿革焉。

(註九) 行政作用非在法規之下，不得規定新的規律，爲行政法基本法則之一，然亦有例外，其例外，除由於習慣法或條理者外，亦見於行政機關立法之時。當行政機關得爲實質上立法行爲之時，亦得爲立法權相同之作用，即得在一定之界限內，就人民之權利義務，設定新的規律，如行政機關，發布緊急命令，執行命令，委任命令之時是也。

(註一〇) 我國法規制定標準法規定：涉及人民之權利義務關係，經立法院認為有以法律規定之必要者，為法律案，應經立法院三讀會之通過（第二條），應以法律規定之事項，不得以條例、章程、規則等規定之（第五條）；凡條例、章程、或規則等之制定，應根據法律（第三條），條例、章程、規則等不得違反或抵觸法律（第四條）。此即關於行政法基本法則之規定也。

(註一一) 行政法之主要特色之一，在於其非如民法、刑法、民事訴訟法等，以單一之法典為包括的系統的規定，通常祇就含有行政法性質之無數法典，抉擇彙類，而總稱之為行政法。此蓋以行政作用，範圍廣汎，對象複雜，殊難統而一之，包括於單一法典之中，縱令勉力告成，亦不免因客觀情勢之變遷，有時時修改之必要，朝令夕改，反有害於法典之固定性故也。

(註一二) 中國行政法之法源，除吾人在正文中所列舉者外，總理遺教及本黨最高權力機關，在其關於行政之限度內，所發布之種種規章，事實上似亦構成我國行政法之法源。蓋十八年三月二十一日，本黨第三次全國代表大會，曾有確定 總理主要遺教，為中華民國訓政時期最高根本法案之通過，明言：「確定 總理所著三民主義五權憲法、建國方略、建國大綱，及地方自治開始實行法，為中華民國最高之根本法。舉凡國家建設之規模，人權民權之根本原則與分際，政府權力與其組織之綱要，及行使政權治權之方法，皆須以總理遺教為依歸。」該會通過之確定訓政時期黨政府人民行使政權治權之分際及方略案第五條，又有「中國國民黨

最高權力機關，爲求達到訓練國民使用政權，養成憲政基礎之目的，於必要時，得就人民之集會結社言論出版等自由權，在法律範圍內，加以限制」之規定故也。

(註一三) 條約能否爲行政法之法源，有肯定否定二說，否定論者認條約乃國家間之契約，設不更以法令規定之，雖經公布，其性質仍爲條約，祇能拘束國家而已，不能直接對國民發生何種效力，故非行政法之法源，肯定論者則謂：條約固係國際法之法源，然如其內容直接涉及條約國人民之權利義務，則同時具有國內法之效力，而爲行政法之法源。誠以條約締結權，含有國法制定權之因素，條約批准即國家意思之決定，條約交換，即國家對於相對國之意思表示，條約之公布，即爲國家對於國民之意思表示故也。

(註一四) 關於此項，有應附帶說明者二：(1)爲地方自治法規，不得違反國家法規，蓋地方自治團體，在其自治權範圍內，固有制定法規，於其地域內發生效力之權利，然因地方團體之自治權，係由法律所賦與，在法律下發生效力，其不得抵觸法律，固矣。即就其與命令之關係而論，亦因地方團體之意思，無對抗國家意思之權力，故亦不得違反由於正常權限之命令。(2)爲行政法之地方的特色，民法、刑法、訴訟法等，原則上均適用於全國各區域，極鮮地方特殊之法規，行政法則具有地方的特色，各地之行政法規，未必完全相同，一地方所特有之行政法規，頗不爲少。在中央法令未設規定之範圍內，各省各縣或以省令或縣令之名義，制定行政法規，在其管轄範圍內，發生效力，此外，縱係中央法令已設規定之事項，法令亦有允許地方另設特殊規定，或自定施行細則

者由此種種原因，故全國各地之行政法，未必完全盡，一在某種範圍內，有地方行政法之存在。

(註一五) 判例法，謂由於法院之判決例而成之法。法院之判決，原僅有拘束該事件之效力，然如無特別之原因，後之案件恆依照先例而判決，同樣案件，因反復為同一判決之結果，勢必獲得法的確信，而發生法之效力，列為行政法源之判例法，固以行政法院之判決為主，然因普通法院，間或以行政事項為先決問題，而有決定之權，故其判例，亦為行政法之法源。

行政先例法，謂行政機關所為實際事務之處理，因反復遵行，遂成先例，而取得法之效力者。

民間習慣法，謂人民間繼續多年慣行之事實，而獲得法之確信者。此雖多屬私法之法源，然在行政法之區域內，因各地方人民之多無繼續實行，而獲得法的確信者，亦屬不少，在河川及其他公物之使用權上，其例尤多。

(註一六) 蓋以私法除公司法及親屬法外，權利人與義務人，皆有相反之利害關係，權利與義務，為完全相反之觀念。反之，在公法上，國家與人民，則無反對之利害關係，國家之利益，亦即人民之利益，國民各個人倘得享受其正當利益，亦所以適於國家之利益，故在公法關係上，縱令係國家之權利，行政機關，亦負有為人民利益而適當行使之義務，同時人民之權利，亦非僅為權利人個人之私益而存在，法律承認其權利，亦求適合國家或社會之公共利益，故人民之權利，同時復含有應適當行使之義務。

(註一七) 國家意思之公定力，不僅於國家對人民之關係為然，且於一機關對其他機關之關係上見之。

凡有經正當權限機關，爲有效表示之國家意思，有羈束其他機關之效力，除有撤銷權之機關外，無審查其適法與否之權限，卽原則上應受適法之推定，欲推翻其推定，僅能由有正當監督權之機關爲之，其他國家機關，則應當然受其拘束，無逕自判斷其違法之權力。試以行政權與司法權之關係爲例，經行政機關有效決定之國家意思，與經司法機關有效決定之國家意思，互有拘束力，行政機關對於法院之有效判決，無審查其適法與否之權能，卽受有應認其爲適法判決之拘束；同時，法院對於由於正當權限之行政機關所爲之有效國家行爲，亦無審查權，當然應受其拘束。

（註一八） 國家之公權，可由其目的與內容兩方面，而爲分類。由其目的言之，可分爲組織權、警察權、公企業特權、公物管理權、軍政權、財政權、行政監督權、法政權、刑罰權等九種，正文所述，則由其內容之分類也。

（註一九） 學者有謂物權爲私法特有之觀念，公法上全無與其相當之權利，故不承認公法上物權之觀念。不知物權與債權之不同，在於債權爲對特定人之權利，物權則爲對一般人之對世權，且固定存在於有體物。物權之內容，亦爲人與人之關係，而非人與物之關係，故如就該物，而與他人發生不對等之關係時，物權自亦不妨爲國家之公權。

註二〇） 國家或公共團體，爲公共利益起見，經營某種事業，以供人民利用時，此種事業，卽爲營造物。國家或公共團體，設供公共使用之土地物件，爲公物。國家就專屬其經營之公共事業，特與私人或私法人，以

經營該事業之權利時，該事業為特許企業。

(註二一) 在民法上契約關係，債權人僅能依照契約之規定，有要求為作為不作為之權利。然在特別權力關係，則權利人不僅得以要求為特定之作為不作為，且在一定之範圍內，有包括的權力，在其權力所及之限度，得要求不特定之作為不作為，有時且有強制之權利。因其在一定範圍內，發生權力服從關係，故謂為權力關係。謂其為「特別」權力關係者，蓋因其非基於人民或地方住民之一般義務，而係基於特別之法律原因者也。

(註二二) 單獨制與合議制互有得失，不易為絕對的論斷。合議制之優點，在於(1)能容納各方之意見，而收集思廣益之效。(2)能彼此牽制監督，以防止營私舞弊。(3)能對事考慮周詳，面面俱到，其缺點，在於(1)責任不確定，往往流於功則相爭，過則相諉之現象。(2)事權不統一，力量難集中。(3)行動遲緩，易失機宜。單獨制之優點，為(1)責任明確。(2)事權集中，行動迅速。(3)指揮靈敏。(4)容易保守秘密。其缺點，為(1)容易把持、操縱、營私、舞弊。(2)固於管見。因二者互有短長，故一般行政學者，咸主行政官署宜採單獨制，諮詢機關宜採合議制，依其職務之性質，而定兩制之取舍，蓋取任事宜專其責，議事當廣其謀之意也。我國國民革命以後，因鑑於軍閥時代專制政治之弊，一般行政官署亦多採合議制，結果牽制之效未收，推諉之象已見，故近年力矯前失，有由合議制而趨於單獨制之傾向，如後述之省政府辦公暫行規程之規定是也。

(註二三) 行政法上之代理及委任，與私法上之代理及委任不同。私法上之代理及委任，存於人格者始

互開代理人，受任人，與被代理人或委任人間，恆有法律關係存在；而行政上之代理及委任，則因存於無獨立人格之機關相互間，故不發生法律關係。

(註三四) 委任與委任行政，亦不相同。國家行政事務，除由國家自身之機關執行外，更委任其一部份於他團體或私人，使為國家代行者，為委任行政。委任行政，係委任於有獨立人格之團體或個人，受任人於受任事務之範圍內，亦得為國家機關而執行國家事務，但其本身乃為他種目的而存在，祇於原有目的之外，有時受國家事務之委任而已，故與前述之委任有異。

(註二五) 上級行政官署對於下級行政官署之監督關係，學者多稱為行政監督。日儒野村淳治嘗釋其意義曰：「凡為一己或他人之利益，對他人之行動加以注意，必要時加以干涉者，為法律學上所謂監督；而上級行政官署，為保障國家行政上之利益，對於下級行政官署之行使權限，加以注意，必要時，加以干涉者，即為行政監督。」其說可供參考。

又學者就上級官署對於下級官署之監督，有不依其內容分類，而按照監督作用之目的，分為積極監督與消極監督者。積極監督，謂預防行政行為之瑕疵，於其未生之前，以期公務處理之宜；消極監督，謂匡正於瑕疵既生之後，而為亡羊補牢之計。故積極監督，亦稱事前監督或預防監督；消極監督，亦稱事後監督或鎮壓監督。

(註二六) 法律上明定主管官署時，對外祇依主管官署之意思表示，即生效力。協議僅為政治上應有之

階程，而非其法律效力之要素。但如法律明定對外之意思表示，爲二以上行政官署之共同行爲時，則雙方意思，同爲其發生效力之要素。若關係官署協議不諧時，則惟有聽命於其共同上級官署之決定。此係第一種情形與第二種情形不同之點，應加注意。

(註二七) 我國現值訓政時期，以黨治國，黨政間相互之聯繫，爲了解現行行政制之關鍵，不可囿於外國政制理論，置此最根本之事實而不論，故吾人於中央政治委員會，及國防最高委員會之存在，三置意焉。茲爲便於讀者參考起見，更引錄十七年十月三日，中央執行委會通過之訓政綱領如下：

- 一、中華民國於訓政期間，由中國國民黨全國代表大會，代表人民行使政權。
- 二、中國國民黨全國代表大會閉會時，以政權付託中央執行委員會執行之。
- 四、治權之行政、立法、司法、考試、監察五項，付託於國民政府總攬而執行之。
- 五、指導監督國民政府重大國務之施行，由中國國民黨中央執行委員會政治會議行之（參看訓政時期約法第三十條至第三十二條）。

(註二八) 國防最高委員會置秘書廳，設秘書長一人，承委員長之命，綜理秘書廳事務；副秘書長一人，襄理秘書長處理廳務；下置機要室及第一、第二、第三三處，各設處長、科長、科員等職，承長官之命，辦理所管事務。此外，秘書廳設參事八人至十人，掌理設計、審核、視察等事項；秘書八人至十人，助理秘書四人至六人，承長官之命，

辦理指定事務，並置設計委員會，規畫戰後設施有關事項。此國防最高委員會輔助組織之大概也（見國防最高委員會秘書廳組織規程）。

顧因國防最高委員會不僅為決定政策之機構，且有統一黨政軍指揮之權力，故其下又有若干直屬機關之存在，中央設計局及黨政工作考核會，即其中之最著者。此兩機關之成立，期於實行行政三聯制之結果，而實行行政三聯制之意義，由於過去設計、執行、與考核三者，各自為政，絕無聯繫，以致計畫與執行不生聯繫，執行之後，不注意考核，既無法知悉過去已行之程度，復無法據以訂立平實可行之計畫。故欲矯正前失，實行行政三聯制，將計畫、執行、考核三者聯成一氣，以增進行政之效率。此點人言甚多，可不細述。茲得就直屬於國防最高委員會之中央設計局及黨政工作考核會之組織與職權言之，以備參考。

一、中央設計局 國防最高委員會為主持政治、經濟建設計畫之設計及審核，設中央設計局（中央設計局組織大綱第一條）。該局設總裁，由國防最高委員會委員長兼任之；設審議會，由總裁選派審議員七人至九人組織之；開會時，以總裁為主席，其審議事項如下：1、政治、經濟建設計畫及預算，2、黨政制度機構及重要法規之調整，3、重要政策之建議（第三條至第五條）；設秘書長一人，承總裁之命，處理局務，副秘書長二人協助之（第六條）；設設計委員若干人，由總裁選派或聘任之（第七條）；設計委員會，由秘書長召集之（第八條）；設專員若干人，助理設計工作，由總裁選派之（第九條）。此外，中央設計局為審核預算，設預算委員會（第十

一條)並得聘請中外專家爲顧問,襄贊設計工作(第十二條)。

中央設計局各項計畫,提經審議會審議後,呈國防最高委員會核定,分令各主管機關施行,並由各主管機關遵照規定,按期呈報實施進度(第十三條)。該局各項計畫之經費部分,由預算委員核編預算,提經審議會審議後,呈送國防最高委員會核定施行(第十四條)。中央設計局各項計畫及預算,經國防最高委員會核定施行後,應將全案送請黨政工作考核委員會,依據考核,並於必要時,附具關於考核應行注意事項(第十五條)。

二、黨政工作考核委員會 國防最高委員會爲考察核定設計方案之實施進度,並執行黨政機關工作經費人事之考核,設黨政工作考核委員會(黨政工作考核委員會組織大綱第一條)。該會職掌如下:1、關於中央及各省黨務機關工作成績之考核事項,2、關於中央各院、部、會及各省行政機關工作之考核事項,3、關於核定設計方案實施進度之考核事項,4、關於現行法令實施利弊之考核事項,5、關於經濟建設事業之考核事項,6、關於各機關經費人事之考核事項(第二條)。

黨政工作考核委員會設委員長一人,副委員長二人,由國防最高委員會推定委員十一人,除五院院長、中央執行委員會祕書長、中央監察委員會祕書長、國防最高委員會祕書長,爲當然委員外,其餘三人由國防最高委員會委員長聘任之(第三條)。設祕書長一人,承委員長之命,辦理該會事務(第四條);又設黨務、政務二組,黨務組,掌理黨務部分考核工作之計畫、審核、編製、調查等事項,置主任副主任,各一人,由國防最高委員會委

員長提請國防最高委員會指定，秘書一人，組員若干人，由主任呈請委員長派充，專員若干人，由中央執行委員會秘書處、組織部、宣傳部、海外部、黨務委員會、訓練委員會、國防最高委員會秘書廳、各指定高級人員一人或二人兼任。政務組掌理行政、經濟建設部分考核工作之計畫、審核、編製、調查等事項，置主任、副主任各一人，由國防最高委員會委員長提請國防最高委員會指定，秘書一人，組員若干人，由主任呈請委員長派充，專員若干人，由國民政府文官處、國防最高委員會秘書廳、行政、立法、司法、考試、監察五院及所屬各機關，各派業務有關之高級人員一人或二人兼任（第五條、第六條）。

黨政工作考核委員會對於中央及各省市黨政機關工作得組織考察團，每年實地考察一次（第八條）。中央黨政機關工作考察團按黨政工作之畫分組織之，以該會各組之主任、組員、專員分別為黨務考察團、政務考察團之團長、團員（第九條）。惟於考察各機關工作時，各該機關在該會各組任職人員，不參加原機關之考察（第十條）。各省、市黨政工作考察團，則按考察區域之畫分組織之，每一考察團置團長、副團長各一人，由委員長派充，團員若干人，除由黨務、政務兩組人員中指派外，並得調用中央黨政機關人員（第十一條）。考察團於考察中央及各省、市黨政機關所屬機關時，得請其上級主管機關派員參加（第十三條）。考察團於考察時，得調閱各機關文書檔案（第十四條）。考察團考察完畢後，應於十日或十五日內提出報告書（第十五條）。關於中央及各省市黨政機關工作考核情形及意見，經該會會議決定後呈國防最高委員會核辦（第十六條）。

此外，中央及各省、市黨政機關，每年工作或行政計畫及預算應由主管機關核定後，以一份鈔送該會（第十七條）；各該機關每年工作實施報告，亦應於每年年終呈送國防最高委員會，發交該會考核（第十八條）。該會各組及考察團考察所得情形，暨對於各機關工作及機構人員經費等項改進意見，應與中央設計局主管人員，隨時研討，中央設計局亦應與該會為工作之聯繫，中央設計局於必要時，得指定人員參加考察團（第十九條）。

（註一九）國民政府自十四年在廣州成立以來，組織法屢有更改，其中最值注意者，為下列三次之修正：（一）民國十七年秋，清黨工作，告一段落，軍閥餘孽，掃蕩殆盡，內則有嗚嗚望治之人心，外則有舉世同情之輿論。天下耳目，為之一新，朝野內外，咸以此為改革中央政制之絕好機會。於是胡漢民、孫科二氏，建議四權制度以爲訓政楷模之建議，立爲中央所採納。修正國民政府組織法，亦於十七年十月，隨訓政綱領而公布。該法之要點有三：1、國民政府設主席委員一人，委員十二人至十六人，合組國務會議，處理國務。2、國民政府以行政、立法、司法、考試、監察五院組織之，五院院長，副院長由國民政府委員任命之。3、國民政府主席之權限，則僅限於兼中華、民國海、陸、空軍總司令，代表國民政府，接見外使，並舉行或參與國際典禮諸端。（二）民國十九年冬，中樞當局以軍事工作，已告段落，既由軍政時期入於訓政時期，允宜公布約法，共同遵守，以期促成訓政，授政於民選之政府。故於翌年五月五日，召集國民會議，六月一日，公布約法。因約法所規定之中央政制，與前此國民政府組織法

之規定，大相逕庭，國府組織法，自亦隨之修正。其修正之要點有五：1、國民政府除五院外，必要時並得設置各直屬機關。2、五院院長、副院長、陸海空軍副司令及直隸於國民政府之各院部會長，以國民政府主席之提請，由國民政府依法任免之。3、國民政府除主席及五院院長及副院長為當然委員外，並設委員十六人至三十二人。4、舊法規定公布法律發布命令，經國務會議議決，由國民政府主席及五院院長署名行之，新法則規定由國民政府主席依法署名行之，惟須由關係院院長副署。5、國民會議之權限，僅為議決院與院間不能解決之事項。

(三) 訓政時期約法甫經公布，留粵中委，即召開非常會議，另組政府。旋以九一八之變發生，各方感於精誠團結，共赴國難之必要，重新合作，中央政制，乃不得不於此新政治環境下，重遭變更，爰有同年十二月，國府組織法之重遭修正。修正之要點有四：1、國民政府設主席一人，委員二十四人至三十六人，各院設院長、副院長各一人，由中國國民黨中央執行委員會選任之。2、國民政府主席為中華民國元首，對內對外代表國民政府，但不負實際政治責任，並不得兼其他官職。3、國民政府主席任期二年，得連任一次，但於憲法頒布時，應依法改選之。4、憲法未頒布以前，行政、立法、司法、考試、監察各院，各自對中國國民黨中央執行委員會負責。

要之，十七年之國民政府，為一負有實際政治責任之合議制官署；訓政時期約法公布後之國民政府，則為主席獨裁制之官署；九一八事變後之國民政府，則以遷就政治現實之故，雖仍號稱攬總中華民國治權，但實際上不負政治責任，其所屬之五院，逕自對中央執行委員會負責，即於國難嚴重之日，此最高政治機構，竟一轉而

成垂拱無爲之官署；此歷次國民政府組織法變遷之大較也（參看拙稿現行中央政制之缺陷與其初步改革——新政治月刊第二卷第四期）。

（註三〇）一般囿於歐洲政治制度之理論者，往往謂我國現所採用者，爲內閣制，行政院等於英、法之內閣，行政院院長之地位，亦與英、法之內閣總理相當，此種見解，殊屬錯誤。蓋我國政制自有其特殊性，其立腳點與英、法等國根本不同，未可牽強附會。即令僅就形式言之，行政院院長與英、法之內閣總理，亦不相同，彼與各部會長官既不負連帶責任，亦不與各部會長官立於同等地位，分任事務之一部，乃立於各部會長官之上，而爲全國最高之行政官署（參看范揚著行政法總論第一百頁）。

（註三一）行政院既以院長綜理全院事務，指揮監督所屬機關，又復有行政院會議之組織，以議決重大事項，然則行政院究係由院長單獨決定國家意思之單獨制官署乎？抑係由行政院會議合議決定國家意思之合議制官署乎？頗有討論餘地。余意行政院仍以院長爲其官署，行政院會議之設，僅係在單獨制官署，參以合議制之色彩，以求施政之統一，與防範個人之專制而已。

（註三二）參看拙稿考試監察兩院之職權與其應有之改進——新政治月刊第二卷第五期。

（註三三）抗戰以來，戰區各省交通阻塞，軍書旁午，省政府委員除兼廳長者外，僅三四人，或身兼軍職，或分區領導，迥非平時情形可比，致省府會議，往往不能依法舉行。且戰事範圍擴張，一省或須分設數區行署，始足

以資策應，而行署主任，由省府委員兼任，原有省府委員，常感不敷分配，故國府特於二十八年冬令准戰區各省，將省府委員增加二人或四人，即戰區省府得設委員九人至十三人矣（見行政院呂字第一二四三九號訓令）。

（註二四）除湖北、河南、安徽、江西、福建等五省，在二十三年實行合署辦公外，其他省分，亦多援案實行者。計在二十四年實行者有察哈爾、四川、貴州、甘肅、湖南五省，在二十五年實行者，有河北、青海、山西三省及青島市、廣西及寧夏兩省，則早在省政府合署辦公辦法大綱未公布前，已實行合署辦公，故截至廿五年十月止，已實行合署辦公者，有十五省一市。此外陝西、西康二省，復於二十八年春相繼實行。故目前實行合署辦公者，有十七省一市，佔全國省分過半數以上。

（註二五）院頒規程，與行營所頒大綱不同之點有六：1、合署辦公之目的，除增進行政效率外，更將減縮省行政經費，以擴充縣行政經費一點，明白標出。2、例外准許存在之隸屬省政府機關，須經行政院核准的限制。3、增加各廳、處對行政院所屬主管部會署之命令，應逕行呈復之規定。4、秘書處下之公報室，改爲編譯室。5、規定實施後兩個月內，各省應咨報辦公情形。6、各省中如因特殊情形須暫緩實行者，得開明理由，咨呈察核。

（註二六）南昌行營曾以豫、鄂、皖、贛四省，二十二年之經常歲出預算爲根據，指出省與縣政費之懸殊。河南省政府與四廳之經費爲九十一萬一千餘元，湖北爲一百一十一萬九千餘元，安徽爲一百零一萬元，江西爲八十一萬三千餘元。而各省中之縣政經費，則河南全省一百一十一縣，共一百零九萬一千餘元，平均每縣九千八百

三十餘元；湖北全省七十縣，共八十八萬餘元，平均每縣一萬二千六百餘元；安徽全省六十一縣，共九十五萬七千餘元，平均每縣一萬五千七百餘元；江西全省八十一縣，共一百十三萬二千餘元，平均每縣一萬三千八百餘元。無論在何省，每月平均每縣均不過千元上下。

(註三七) 帥運舫氏曾根據各省對於行政院之報告，檢討合署辦公實施之效果，得結論如下：(1) 省政府合署辦公之後，因會計、庶務集中，辦公費必然減少，其程度當在百分之五十上下。(2) 冗員未必裁汰，惟各廳處或可因此稍加調節。(3) 各廳未必緊縮，而秘書處勢必擴充，但因辦公費減少之故，總經費亦未必增加。(4) 省政府經費雖有減少，但為數甚微，且未必以之撥充補助縣經費之用。(5) 至於行政效率之是否因之提高，則尙待從詳之調查與研究（見所著省政府合署辦公之檢討——政治建設一卷二、三期）。

(註三八) 合署辦公之後，對外既一律以省政府名義行之，而省政府一切事務，則由秘書處辦理，於是一切文稿，均須經過秘書處核呈省主席，實際上不啻置秘書處於各廳之上，倘運用不當，將有秘書長操縱整個省政府之虞，此應考慮者一。且合署辦公之後，省政府主席君臨於委員之上，權力極大，此種情形，衡以我國省區遼闊，物阜民多之情形，是否能妥當無弊，則亦應加考慮者也（參看帥氏前文）。

(註三九) 抗戰以後，因客觀情勢之變更，省之組織頗有變更，省政府行署及戰地黨政委員會分會之設置，即其最著之例，茲分述之。

一、省政府行署 行政院鑒於戰區地方被敵人佔據後，省府與專署及縣府之交通線，常爲敵軍切斷，指揮監督，均感困難，故有戰區各省省政府設置行署通則之公布（見廿八年七月十二日該院呂字第八三五九號訓令），其規定之要點如下：1、行政院爲增進地方行政效率，適應戰區情況起見，於必要時，得依通則之規定，在各省設省政府行署。2、省政府行署駐在地及其所轄區域，由內政部、軍政部會同有關機關擬定，呈請行政院核准之。3、省政府行署，秉承省政府之命，在所轄區域內，代行省政府職權，以省政府主席名義行之，由行署主任副署。4、行署設主任一人，由行政院就省政府委員中，提請國民政府簡派之，綜理行署事務，監督所屬職員及機關。5、行署得酌設秘書、政務、警保三處，各置處長一人，由行政院提請國民政府簡派或荐派之，秉承行署主任，分別掌理軍務。

二、戰地黨政委員會分會 軍事委員會，爲統籌戰地黨政軍之設施起見，特設立戰地黨政委員會，負戰地黨政工作之設計、指導、監督及考核之責，並爲便於實行此項職權起見，戰地黨政委員會，得於軍事委員會指定之地區，設置分會，直隸於各該地區之最高軍事長官。分會設主任委員、副主任委員各一人，委員七至九人，秘書主任一人，專員若干人（主任委員由該地最高軍事長官兼任），具有下列職權：1、負責指導及監督該地黨政事宜，2、認爲該戰地有制訂行規則之必要時，應呈經戰地黨政委員會轉呈軍事委員會核准行之，3、有考核該戰地各級黨政軍機關工作人員之權（見軍事委員會戰地黨政委員會分會組織綱要）。

(註四〇) 行政督察專員制度之淵源，可遠溯於民國十四年廣東省之分區行政委員制。時廣東省政府以省區太廣，指揮不便，不易推行新政，以助軍事發展，乃於省縣間畫定區域，設置行政委員，承省政府之命，處理轄區各縣行政，並得直接委派縣長，當時首先施行此制者，為設置南路行政委員，派甘乃光氏充任，管轄二十餘縣，設置行政委員公署，內置秘書及職員若干人，分科辦事。嗣因推行後，頗著成績，又相繼畫東江諸縣為一區，及瓊州舊屬各縣為一區，以推行是制焉。

(註四一) 參看安徽省首席縣長暫行規程、江蘇省各行政區監督暫行組織規程、浙江省縣政督察專員章程，又江西於黨政委員會分會裁撤後，行政督察專員制度未實行以前，曾一度實施與專員略同之區長制，詳見江西省各行政長官公署暫行組織規程。

(註四二) 訓令雖謂專員制僅為橫面之擴張，而非縱體之層疊，然揆諸專員職權與各級地方政府，無根本之差別，既有訂立單行規則或辦法之權，復可撤銷或糾正各縣、市長所為之違法命令或處分，自不能不認其為中級地方政府。故自專員制實行後，我國地方政府，實為省、區、縣三級制，而非省縣兩級制也。

(註四三) 前內政部長何鍵氏認為「行政督察專員應為省政府之一員，不應為省政府之下級承轉機關，在離省過遠或戰區及其他特殊地方，以委員或專員代表省政府，督察所屬各縣、市地方行政，以輔助省政府耳目所未及，非必要地方，不必普遍設置。」又謂「專員兼任縣長，不特有損專員之尊嚴，抑且有損督察之權

威，過去試驗已歸失敗，今後行政督察專員，應一律不兼任駐在地縣長職務，以專責成，「可視為反對論之代表」（見阿著調整省以下行政機構管見——中央週刊一卷二三期）。

（註四四）二十一年八月行政院公布之行政督察專員暫行條例第一條規定：「省政府在離省會過遠地方，因有特殊事件發生（如勦匪清鄉等），得指定某某等縣為特種行政區域，臨時設置督察專員，於不抵觸中央法令範圍內，輔助省政府督察該特種區域內地方行政，定名為某某省某某縣行政督察專員。前項行政督察專員，於某項特種事件辦理完竣後即撤廢之。」準此規定，足見昔日原以行政督察專員為特殊性之制度，迨新條例公布後，始一變而為普徧之制度也。

（註四五）二十六年十一月行政院通令各省：「在抗戰期間，所有兼任團管區司令之專員，一律免兼縣長，其餘各區專員，亦以一律免兼為原則，一是為抗戰期間，專員制度之一大變化。

（註四六）專員制度建立以後，因地方政府多此一級，公文不免多一周轉，專員公署與省政府之間，權責未易分清，加以專員公署組織簡單，專員復無直接獎懲縣長之權，職權不甚實在等原因，向未能大著成效，故外間頗多批評之論。有主張根本廢除之者，有主張專員可存不必設署者，亦有主張擴大專署組織與轄區，並提高專員職權者。議論紛紛，莫衷一是。詳細情形，可參看蔣文哲著行政督察專員制度研究。

（註四七）新縣制之詳細討論，屬於自治行政法之範圍，本書不擬多述，惟新縣制之實施，既為當前要政

之一，則其實施之原則如何，實施之標準如何，以及實施之考核如何，亦有附帶研究之必要，此三者國防最高委員會或行政院均有規定，茲就其規定述之，以備參考。

(一)實施之原則 按行政院規定：「1、本綱要各省應同時普遍施行，但有特殊情形之縣分，暫時不能施行者，得由該省政府呈請行政院核定，延期實施。2、各省政府應體察該省境內各縣之人力財力，分別規定其完成限期，但至遲應三年內全省各縣一律完成。3、綱要推行之順序，由縣而鄉鎮而保甲，至各項事業之進度，由省政府斟酌各地方情形，分別規定。」

(二)實施之標準 國防最高委員會，曾定有新縣制實施標準十四項，茲錄其項目如下：

- 一、編查戶口
- 二、規定地價
- 三、開墾荒地
- 四、實行造產
- 五、整理財政
- 六、健全機構
- 七、訓練民衆
- 八、開闢交通
- 九、設立學校
- 十、推行合作
- 十一、辦理警衛
- 十二、推進衛生
- 十三、實行救卹
- 十四、厲行新生活

(三)實施之考核 此節國防最高委員會亦有規定，其大要如下：1、各項工作實施之際，縣政府應派員分赴各鄉、鎮指導、督促、檢查，省政府應派員分赴各縣指導、督促、檢查。2、工作實施進度，應每年考核，並為鼓勵地方人士努力完成工作起見，每年年底，由縣政府會同縣參議會考核評定各鄉、鎮成績，呈報省政府，轉咨內政部查核。3、各級地方機構，每年至少應舉行關於各種地方自治事業之競賽

會一次，由上級機關官長蒞臨或派員指導。4、內政府應隨時派員考核各省之成績，並公布之。5、各省省政府應隨時派員考核各縣之成績，並公布之。

(註四八) 除縣政府外，尚有地位略等於縣政府之設治局，散見於各邊省，此種特殊行政組織，亦有注意之必要。依二十年六月二日國民政府公布設治局組織條例，規定：各省尚未設置縣治地方，得依本條例之規定，暫置設治局，至相當時期，得改設縣治（第一條）。設治局之廢置及其區域之畫分，應由省府擬具圖說，咨請內政部呈由行政院轉國民政府核准公布（第二條）。設治局置局長一人，受省政府之指揮監督，處理本管區域內行政事務（第三條）。設治局於不抵觸中央及省之法令範圍內，得發布局令，並得制定單行規則。此項單行規則及重要局令，應呈報省政府查核備案（第四條）。

(註四九) 一般學者，恆分公務員之概念，為實質概念及形式概念二種。其所謂實質概念，與本書所述之概念，約略相當；其所謂形式概念，則指法令上規定之公務員概念而言。然我國人事制度建立伊始，人事法規尚在隨時增補之中，各法令所規定之公務員範圍尚不一致（如刑法第十條二項規定：稱公務員者謂依法令從事於公務之人員。公務員任用法第二四條規定：本法於受有俸給之公務員，及其他公營事業機關服務人員均適用之。公務員卹金條例第二條規定：本條例所稱公務員，謂文官、司法官、警官及長警），殊難說明公員之形式概念，強而為之，反見混亂，故本書僅說明其實質概念焉。

(註五〇) 通說謂公務員所擔任之國家事務，並不以命令權之行使爲限，即純係經濟上或技術上之行者，亦得稱爲公務員。又公務員亦不以現實擔任一定之職務爲必要，如休職公務員等，隨時有供給勞務之義務者，亦不失爲公務員。甚至有擴充解釋者，謂準備將來爲國服務而以現在學習爲義務者，如遣派外國留學之助教，在學校研究之陸、海、空軍武官，亦爲公務員。

(註五一) 除本書所列分類外，一般學者，尙有分公務員爲待遇官與等外官兩種者。前者謂其對國家所負之義務與一般公務員相同，特以其尙在試署或學習之中，或因其地位較低不便正式列入官等者，如學習推事，設治局長等屬之；後者謂因其地位較低，或完全不受國家俸給，故全然置於官等之外之公務員，如長警及公證人屬之。此種分類，係由分公務之概念，爲實質概念與形式概念二種而起。吾人既僅就公務員之實質概念說明，故亦採此種分類。

(註五二) 政務官與事務官之分別，在實行政黨政治尤其是內閣制之國家，固有極大之意義。蓋在英、美各國，事務官咸有身分保障權，不得無故免職，政務官則恆因內閣或總統之更迭（政策之變更），而其進退二者職務之性質，大不相同。我國現值訓政時期，以黨治國，既非實行政黨政治之比，事務官之身分保障權，亦未確立，故政務官與事務官之分別，在吾國無大意義，惟因法令上既設此區別，故亦附帶述之。

(註五三) 關於此點，范揚著行政法總論一三五頁以下闡述甚詳，可以參考。

註五四) 公務員之任用資格，雖因其階級之高低而不同，然誠有其共通要素，此可分爲下列四種：(一)黨歷任用，致力國民革命若干年以上，而有勳勞或成績者屬之；(二)官歷任用，曾任某種職務若干年以上者屬之；(三)考試任用，經高等考試，普通考試，或與其相當之特種考試及格者屬之；(四)學歷任用，在學術上有特殊之著作或發明，或在教育部認可之專科以上學校畢業者屬之。

(註五五) 曰儒美濃部達吉謂「官吏之義務，雖爲官吏服務紀律所規定，然官吏非因其規定而始負擔義務，官吏之義務，因任官行爲當然發生，本人之承諾，卽其根據，官吏服務紀律之規定，並非使官吏新負義務，不過就其義務之內容，定其明白之限度而已。」(見所著行政法撮要上卷第二三七頁)

(註五六) 關於公務員之無故不得請假，可參看國民政府政務官請假條例及政府職員請假條例。

(註五七) 關於限制公務員之兼職，十九年三月四日第三屆中央執行委員會，曾通過「限制官吏兼職案」其內容如下：

- 一、爲求國家意志之統一，施政方針之連貫，政務官得任兼職，但以不違背二、三、四各項爲限。
- 二、中央官吏，不得兼任地方官吏。
- 三、各院、部、會官，不得兼任其他院、部、會官吏。
- 四、各省、市官吏，不得兼任其他省、市官吏。

附

註

五、事務官除在本機關外，不得兼職。

(註五八) 關於此點，范揚氏前書亦有詳細之闡述，可以參看。

(註五九) 忠實義務之分量，與服從義務之分量，成反比例狀態。即上級長官之命令愈精密，則忠實義務之效果愈形薄弱，若上級命令愈少，則忠實義務之效果愈彰。是故忠實義務之程度，恆隨官職之種類而有差異，即地位愈高，其負此種義務愈重，而外交官及軍司令官為尤甚。

(註六〇) 關於俸給之法律性質，學說有三：(一)勞務報酬說，謂俸給為國家對公務員所服勞務之報酬。(二)生活費用說，謂俸給與單純之勞務報酬不同，而係國家以維持與公務員相當地位之生活為目的所為之給付。(三)勞務報酬與生活費用說，謂俸給兼具上列兩種性質。第三說為通說，吾人亦從之。

(註六一) 如捨公務員卹金條例之規定而不論，專由學理上說明各種公務員卹金之意義，則公務員年卹金者，乃對公務員在職一定年限以上，因有正常原因退職，或達一定年限，因有特別原因退職者，所與之終身年金也。公務員一次卹金者，乃對公務員因公受傷，或致病，而未達於領受年卹金之程度者，以一次為限，所給與之卹金也。遺族年卹金者，乃公務員在職一定年限以上，或因公亡故時，所與之卹金也。

(註六二) 我國文官之有身分保障權者甚少，僅有監察委員及法院推事等極少數之例。監察委員保障，法第二條規定：「監察委員非有下列情形之一者，不得停職、免職或罰俸：一、經中國國民黨開除黨籍者；二、受刑

事處分者；三、受禁治產宣告者；四、受懲戒處分者，監察委員非經本人同意，不得轉任。法院組織法第四十條規定「實任推事，非有法定原因，並依法定程序，不得將其停職、免職、轉調、或減俸。前項規定，除轉調外，於實任檢察官準用之。」

(註六三) 關於身分保障權問題，可參看1、甘乃光人事制度建立的起點，2、孫慕迦人事行政建立的起點是什麼(以上二文均見行政評論第一卷五六期合刊)，3、拙稿日本文官制度之改革(日本評論十三卷九期)。

(註六四) 懲戒處分之法律上性質如何學說上頗有爭議，有謂其與刑罰相同者，有謂其與刑罰不同者。吾人採前說。我國學者范揚、吳紱徵諸氏採後說，詳見吳著公務員懲戒制度第六頁以下。

(註六五) 公務員懲戒法之目的，固在整飭官方與澄清吏治，然亦所以保障公務員之法律地位，使其免受上級長官之無理處分。故由另一方面言之，雖謂其為公務員保障法，亦無不可。

(註六六) 國民政府政務官懲戒委員會，由國民政府委員中推定七人至九人組織之。設常務委員一人，由委員中指定之。每星期開會一次，必要時得由常務委員召集臨時會。開會時，應有委員三人以上之出席，以常務委員為主席。至其實施之情形，據統計，截至二十四年一月止，監察院送往國府之彈劾案已五十件，其中議決者十八件，不受懲戒者九件。

(註六七) 中央公務員懲戒委員會直隸於司法院，以委員長一人，委員九人至十一人組織之，掌管事務官之懲戒，地方公務員懲戒委員會分設於各省市，設委員長一人，由高等法院院長兼任，委員七人至九人，掌管各該省委任職公務員之懲戒，由司法院院長，就高等法院庭長及推事中，選派三人至五人，餘就省政府各廳處現任荐任職公務員選派，中央及地方公務員懲戒委員會，均直屬司法院管轄。

(註六八) 據中央公務員懲戒委員會二十七年度統計，自該會二十一年四月十八日成立起，歷年收入案件之總數為九百五十件，其中刑事案件一百九十二件，佔案件總數五分之一，監察院移送者，共七百十六件，其中移送法院及軍事機關者一百一十一件，依法不開始懲戒者六十八件，兩共一百七十九件，佔彈劾案總數四分之一。

(註六九) 抗戰以後，因事實上之需要，公務員懲戒制度，大有變更，蓋因：(一)非常時期監察權行使暫行辦法規定，主管長官對於違法失職之公務員，可以決定撤職或其他行政處分。(二)懲治貪污暫行條例第一條規定「軍人或公務員於作戰期內，犯本條例之罪，依本條例處斷。」第八條規定「犯本條例之罪者，由有軍法職權之機關審判，呈請中央最高軍事機關核准後執行之。」及(三)抗戰期內受免職停止任用處分公務員暫緩執行辦法規定，公務員經懲戒機關議決，受停止任用之處分者，於抗戰期內，得依該辦法，將停止任用之部分，暫緩執行。停止任用期間，已執行一部分者，得暫緩執行其餘部分，惟公務員被付懲戒事件，如有涉及刑事嫌疑，

已受刑之宣告或有不利於國家之行爲，或跡近貪污，或公款交代不清，或有不良嗜好與破廉恥之行爲者，不適用該辦法故也。

(註七〇) 日本民法未就此設有明文，故其國判例，多謂公務員不負損害賠償責任，其主要理有二：(1) 公務員以國家機關資格所爲之行爲，係國家之行爲，故公務員個人，不應負其責任；(2) 公務員係對國家負有職務上義務者，而非直接與第三人構成法律關係者，故無對第三人責任之可言。日本學者附和此種論調者，頗不乏人，然美濃部達吉博士則力闢此說，曰：「所謂公務員行爲之爲國家行爲，僅謂其法律上效力，歸屬於國家而已，而非指實際之情形而言。在事實上，其行爲仍係公務員所爲之行爲。而關於公務員之賞罰責任問題，恆由其行爲之實際觀察，故公務員因勳功而受賞，因職務上犯罪而受刑，其私法上責任，又奚獨不然？蓋由法律上之效力而論，雖發生國家行爲之效力，然在事實上，爲其行爲之公務員，仍爲事實上之行爲者，既在道德上或法律上承受賞讚，自亦應負其責任也。至謂公務員與第三人並不構成法律關係云云，亦非正當之論。良以公務員當行使職務時，對於第三人亦負有不違反法規之義務，所有法規，非僅對於國家與公務員之內部關係上，發生效力，且對於人民發生效力，人民有要求公務員當行使職務時，不違反法規之權利故也。故如警察官拷問人民，而加以身體上之傷害時，不僅爲對國家之職務上義務之違反，且爲對人民義務之違反。」(見美濃部著行政法總則現代法學全集本二六四頁)

(註七一) 行政行爲之含義如何學說不一，(一)有謂其指行政機關之全部行爲者，(二)有謂其專指行政機關之公法上法律行爲者，(三)有謂其指行政機關之公法上法律行爲及準法律行爲者。第三說爲通說，吾人從之。惟爲明瞭各學說之異同起見，將引日儒島村他三郎氏之敘述於下，以見一斑。

島村氏撰行政之實質意義，專由行政行爲之形式而確定其意義，謂行政爲「非憲法上直接機關，即行政官署及自治團體所行之事務」，從而確定行政行爲之意義，曰：「行政機關爲達到國家目的而行之各種作用，概爲行政作用。故行政作用之範圍，包含(1)實質上之行政行爲，(2)實質上之立法行爲，(3)實質上之司法行爲，(3)私法上之行爲，及(4)事實上之行爲五種。然事實上之行爲，非以發生國家或公共團體，與其他人格者間之權利義務關係爲目的，不屬於法律學研究之範圍。私法上之行爲，則除一方之當事人爲國家或公共團體，且不受一般私法原則之規律，或另設有補充規定者外，亦置於行政法學研究範圍之外。故行政作用中，所應說明者，爲(1)行政機關對於人民所爲之公法上行爲，(2)行政機關對於其他機關所爲之公法上行爲，(3)行政機關對其輔助人員所爲之公法上行爲，及(4)行政機關所爲之私法上行爲，而設有特別之公法制限者四種。至其行爲是否實質上之立法行爲，或司法行爲，則非所問（見島村著行政法要論總論二一四頁）。

(註七二) 行政行爲之分類，學者不一其說，無一一引述之必要。惟野村淳治氏在前揭著書中所爲之下列兩種分類，頗有注意之必要，爰錄之以供參考。

一、由於掌理行政機關之不同，而分爲1、屬於國家元首權限之行政行爲；2、屬於行政官署權限之行政行爲；3、屬於自治團體受任事務權限範圍內之國家行政行爲（例如徵收國稅事務、設置及維持中小學校事務）；4、屬於議會權限之行政行爲（如預算之議決及會計決算之審查）；5、屬於法院權限之行政行爲（如登記事務、失蹤人財產管理）；6、私人爲國家而爲之行政行爲（如私公司船長在船舶上所行使之警察權）。

二、由於行政行爲目的之不同，而分爲真正之行政行爲，與附屬於立法及司法之行政行爲。其中真正之行政行爲，更分爲以維持國家之存立及增進其利益爲主要目的之行政行爲，及以增進國家與人民雙方利益爲主要目的之行政行爲二種。以維持國家之存在及增進其利益爲主要目的之行政行爲，更分爲軍事行政、外務行政、及財政行政三種。軍事行政，謂對於國內及國外，以維持國家之存立爲目的之行政行爲；外務行政，謂以圓滿國家與外國之關係爲目的，俾因外交而維持國家存立之行爲；財務行政，謂以支出實行國家各種目的所必需之費用，籌畫必要財源，以應國家之需要，俾爲適當之使用處分爲目的之行政行爲。以保護增進國家及人民雙方利益爲目的之行政行爲，更可分爲警察行爲及助長行政行爲二種。警察行爲，謂以保護國家及國家內個人及團體之存立，而預防鎮壓，對於其身體及財產，所爲之人的危害及物的危害爲目的之行政行爲（如對於紊亂秩序者之取締）；助長行政行爲，謂不僅消極的以防遏對於個人及團體之危害爲目的，而且積極的以保護增進個人及團體之精神上、身體上、及經濟上之利益爲目的之行政行爲（如關於獎勵農工商之事務）。此種警

察行爲及助長行政相合，即爲內務行政。故真正之行政行爲，可分爲軍事行政行爲、外務行政行爲、財政行政行爲，及內務行政行爲四種。

除真正之行政行爲外，附屬於立法之行政事務，爲關於議會之召集、開會、閉會、停會及解散之事務，議員選舉之事務，帝國議會內部庶務處理之事務，附屬於司法之行政事務，爲任免法官，且加以監督之事務，或執行法院判決之事務。凡此皆不屬於前述各種行政之範圍，故不能相提並論。

由此觀之，國家之行政行爲，因其目的之不同，可分爲（一）軍事行政，（二）外務行政，（三）財務行政，（四）內務行政，（五）立法及司法行政五種。然一般學者或因附屬於立法之行政行爲，非行政法學所應論究者，故多置而不論焉。

（註七三） 除上列分類外，學者多以行政行爲之效果及對象爲標準，分行政行爲爲抽象的行政行爲，及具體的行政行爲二種，余昔日亦採此種分類。比以抽象的行政行爲，多係實質的立法行爲，以在憲法學中論述爲宜，故摒棄此種分類，惟因我國一般行政法學著作，沿襲此種分類者甚多，爰姑就舊日所編之行政法總論講義中，關於此問題之論述，引錄於左，以便參考。

「抽象的行政行爲，謂以將來發生之事實，爲對象之行政行爲；具體的行政行爲，謂以現實存在之事實，爲對象之行政行爲。爲行政行爲對象上之將來實事，原則上爲不特定之抽象事實；爲行政行爲對象之現在事實，

原則上爲特定之具體事實。抽象的行政行爲，亦稱行政規則；具體的行政行爲亦稱狹義之行政行爲。

行政規則，依其所拘束之行政客體之地位爲標準，又可分爲行政命令與行政規程。行政命令，係適用於一般行政客體之行政規則，行政規程，則係拘束立於特別權力關係之行政客體之規則，更詳言之：

（甲）行政命令 行政命令者，適用於一般行政客體之行政規則也。因其係行政規則，故除原則上規律抽象之事實外，又於若干例外之場合，以行政命令之形式，爲關於具體事實之規定。又因其係拘束一般行政客體之規律，原屬於立法機關職權之範圍（法規制定標準法第一條），而非行政機關固有之權限，故行政機關之制定行政命令，以具有授權之根據爲必要，此種授權，在學理上名爲制定行政命令之授權。

行政命令之授權，可分爲（一）憲法之授權，（二）法律之授權，及（三）行政命令之授權三種。所謂憲法上之授權，如訓政時期約法第七十六條「各院、部、會得依法律發給命令」之規定是；所謂法律上之授權，如省政府組織法第三條「於不抵觸中央法令範圍內，對於省行政事項，得發省令，並得制定省單行條例及規程」之規定是。至所謂行政命令之授權，則指由於上級機關之命令，授與下級行政機關以發布行政命令權限之情形而言。惟有應注意者，無論何種行政命令，所得規定事項之範圍，以其授權法令所得規定事項之範圍爲限，其規定之內容，不得與憲法法律，及上級機關行政命令規定之內容相抵觸，自不待言。

行政命令（一）由其規定之內容觀之，可分爲執行命令與獨立命令二種。執行命令，謂執行法律或上級行

政命令，而規定必要事項之行政命令，獨立命令，謂為保持公共之安寧秩序，或增進國民福利，而規定必要事項之行政命令。(二)由其授權之根據觀之，亦可分為委任命令與職權命令二種。委任命令，謂行政機關依據法律或上級行政機關之授權，而發布之行政命令；職權命令，謂行政機關依據組織法規之授權，而發布之行政命令。(三)由其機關之種類觀之，又可分為1、國民政府令，2、院、部、會令，3、省政府令，4、市政府令，及5、縣政府令各種。

(乙)行政規程 行政規程云者，非適用於一般行政客體之行政規則也。行政規程有為行政事務之配置，或營造物組織之規定者，如處務規程、管理規程，是有係拘束在特別權力關係下人之行為者，如訓示、告示等是。然不問其為何者，均非直接拘束一般之行政客體，而不屬於一般立法機關之權限，故行政機關之制定行政規程亦無特別授權之必要。至其內容之不得與法律命令相抵觸，自屬當然，毋俟贅述。

行政處分云者，行政機關對於某具體事實，發生拘束行政客體之法律上效果之一方的行政行為也。其觀念要素，在於1、係行政機關拘束行政客體之行為，2、以具體事實為對象，3、其行為發生法律上之效果，4、係一方之行政行為等四點，故與民法上之法律行為、行政規則、準法律行為、及公法上契約等均不相同。

(註七四) 意思與表示不一致時，其法律上之效力，究應如何決定？學說有三：(1)意思說，此說以保護表意人為目的，在表意人不欲表示其意思時，其表意不生法律上之效力。(2)表示說，此說以保護相對人為目的，

不問表意人欲與不欲，既經表示，即生效力。(3)誠信說，此說採折衷之義，在意思與表示不一致時，原則上其表示不生效力(意思說)，但相對人如確信其為真實之意思表示者，則表意人不得任意撤銷之(表示說)。我民法採誠信說，行政法規，則極少就此設有規定者。由解釋上言之，因行政法規所規律之對象，與民法不同，似寧以採用表示說為當。

(註七五) 心裏保留與虛偽表示，以及下述各點，均為民法上之觀念，茲就民法之規定說明，以資比較。

「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者」(民法第八十六條前段)，謂之心裏保留。如甲希圖將金錶售乙，因礙於情面，偽以贈與為詞是，依民法規定「其意思表示不因之無效，但其情形為相對人所明知者，不在此限」(同條後段)，即此時甲之贈與表示仍為有效，但如乙明知其本意者，則其表示為無效。

「表意人與相對人通謀，而為虛偽之意思表示者」(民法八七條前段)，謂之虛偽表示。如甲欲避免債權人之實施扣押，故與乙通謀，以買賣為名，將自己之財產，移轉於乙是，依民法規定「其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人」(同條後段)。即此時甲乙間之買賣行為，固屬無效，但乙如將該項財產出賣於善意之丙，則乙丙間之買賣，並因甲與乙之虛偽表示，而歸於無效。

(註七六) 民法第八八條一項規定，「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情，即不為意思表示」

者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。第八九條規定「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之」。

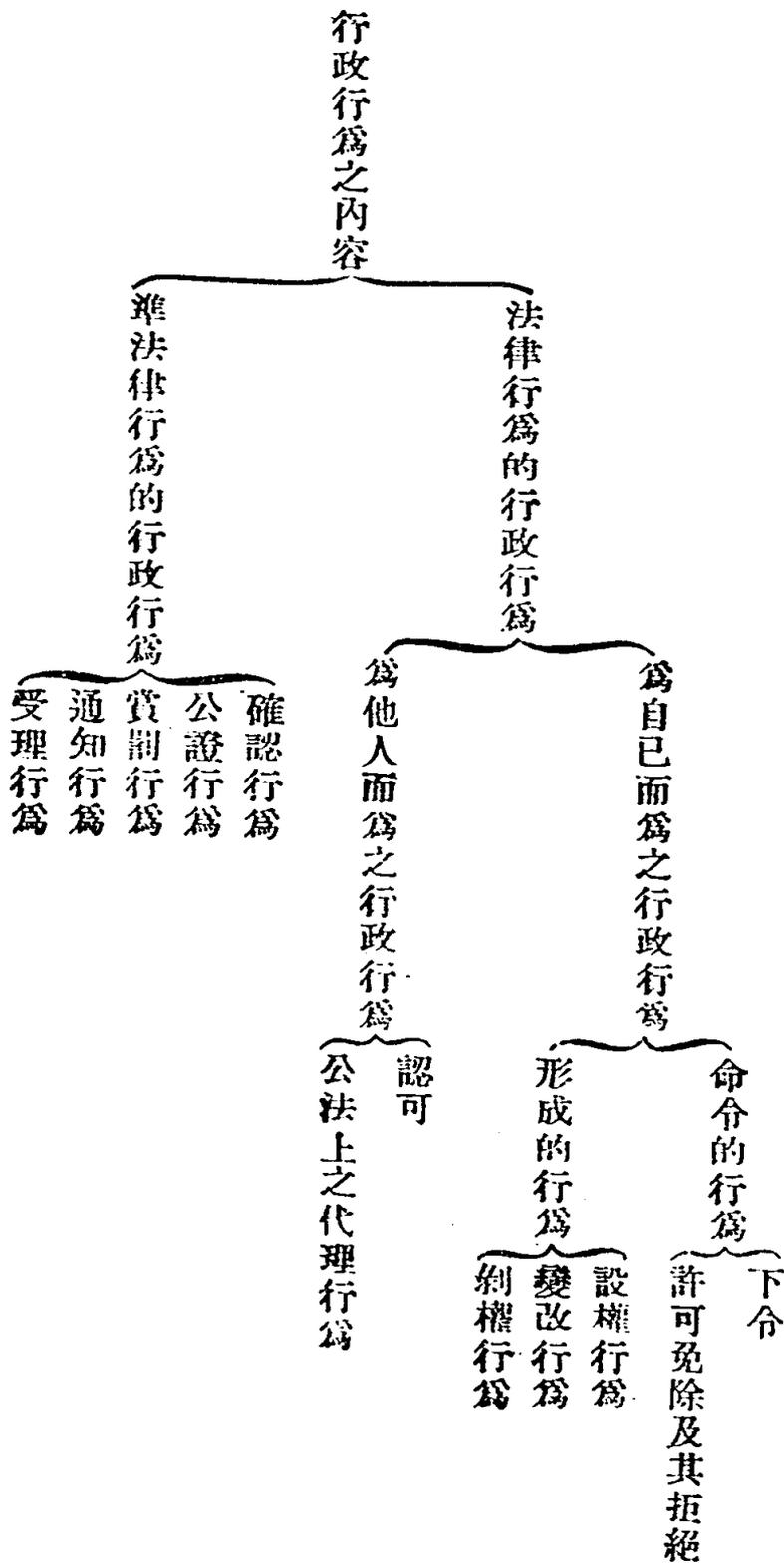
(註七七) 民法第九二條規定，「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人」。

(註七八) 意思表示發生效力之時期，各國法律規定不同，(1)有發生效力於表示意思之時者，是為表意主義，例如表意人草畢其函件時，即發生意思表示之效力。(2)有發生效力於意思表示發送之時者，是為發信主義，例如表意人發送其函件於郵局之時，即發生效力。(3)有發生效力於意思表示到達相對人之時者，是為達到主義或受信主義，例如在郵差郵件送達於相對人時，發生效力。(4)有於意思表示經相對人了解之時，始生效力者，是為了解主義，例如於相對人閱覽函件，並知悉其內容時，發生效力。我國民法關於意思表示發生效力之規定，因其為對話人之意思表示，或非對話人之意思表示而不同，前者採了解主義，後者採達到主義。(第九四條第九五條)。

(註七九) 行政行為之種類，與行政行為之內容不同。行政行為種類之析述，係就各種行政行為依其表面之形式，為平面之觀察，然僅此一端，尚不足以盡行政行為之全貌，必更為立體之觀察，按其法律上之性質，而

析行政行爲之內容，縱橫觀察，乃得窺其真象。故吾人於敘述行政行爲種類以後，更進而敘行政行爲之內容，與若干學者之併二者爲一談者不同。

然行政行爲之內容，既甚複雜，學者又各異其說，茲爲便於讀者參照起見，爰就本書所述者，列表於下。



(註八〇) 美濃部達吉謂形成行爲雖與一般行政行爲相同，皆係對人發生效果者，然或以人爲其行爲之主要對象，對特定人而發生效果，或直接對物發生效果，該物之所有人占有人等，基於該物權利人之地位而受其效果，前者爲債權的行爲，後者爲物權的行爲（見所著行政法撮要上卷）。

(註八一) 野村淳治於其所著行政法總論中就確認處分與形成處分之區別，闡述甚詳，其要旨有二：(一) 確認處分與形成處分之間，並無性質上判然之區別，因確認處分，不僅確認法規所豫想之一定事實之存否，且包含拘束國家或人民之意思，形成處分，於爲拘束國家或人民之意思表示之際，亦必先判斷其具備法定條件與否，確認其適合法規與否，始得爲形成處分。故確認處分在另一方面，具有形成處分之性質，形成處分在另一方面亦具有確認處分之性質，此二種處分未必具有完全相異之內容也。(二) 形成處分之效力，不溯及既往，確認處分之效力，則溯及既往，因前者在行爲之後，始發生法律上效果，後者之法律上效果，則於一定事實存在時，既已發生效也。

(註八二) 茲錄民法關於條件之規定於次，以供參考。民法第九九條規定：附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力，附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。第一百條規定：附條件之法律行爲，當事人於條件成否未定前，若有損害相對人，因條件成就所應得利益之行爲者，負損害賠償之責。第一百零一條規定：因條件成就而受不利益之當事

人，如以不正當行爲阻其條件之成就者，視爲條件已成就；因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲促其條件之成就者，視爲條件不成就。

(註八三) 期限有始期與終期之別。凡處分效果因其期限屆至，而始發生者，謂之始期；因其期限屆滿，而歸消滅者，謂之終期。附始期之處分，於期限屆至前，其效果猶爲停止，及其屆至，始以發生；附終期之處分，與通常情形同，其效果自始即已發生，但僅存續至期限屆滿爲止，及其屆滿，遂以消滅。要之，附期限之處分，不問其爲始期或終期，其效果之發生或消滅，常決於將來確定發生之事實，與附條件處分之效果，決於將來發生與否不確定之事實者，有所不同。

(註八四) 野村淳治前揭書，對此問題，亦有詳細之說明，略謂「學者中，有謂契約僅存在於對等人格者相互之間，國家與國家內之個人或團體，則立於優劣不平等之關係，故其相互間之契約，絕對不得存在者。此種學說，係以國家與人民間之權力服從關係，在法律上絕對無限之事實爲前提，若以國家在法律上，爲絕對無限之權力者，人民爲絕對無限之服從者，則國家當對人民行使權力時，自不受法規之任何限制，可從其所欲，而命令人民；反之，人民對國家則無自由意志，無論國家命以何事，均應無條件服從之，故無自由意思之人民，自不得與國家締結契約，反之，吾人則以國家與人民間之權力服從關係，並非絕對無限之關係，而係相對有限之關係，人民服從義務之範圍，均爲法律所限定，故人民在狹小之限度內，亦有法律上之意思自由，國家既不能以獨斷

處分，限制其意思，則人民基其自由意思，而締結契約，即承諾在其自由意思上，受有某種限制，在法律上亦屬可能也。」

(註八五) 集合行爲之觀念，是否成立，有肯定、否定二說，吾人採否定說，我國學者范揚氏則採肯定說，並舉鄉、鎮聯合之訂立，商會聯合會之發起，設立，漁會聯合會之發起，設立等爲例，詳見所著行政法總論二七四頁。

(註八六) 行政訴訟法第四條：「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係官署之效力，」即爲有關於行政行爲拘束力之規定。

(註八七) 一般學者，恆分行政行爲之確定力，爲實質的確定力與形式的確定力二種，前者相當於本書所稱之不可變更力，後者相當於本書所稱之不可爭力。此種用語，不甚達意，故吾人不採之。

(註八八) 有瑕疵之行政行爲，於其既爲之後，固得爲溯及之無效宣告，或使其往後失其效力，然如私人對於此類行爲提起爭訟之期間，不加限定，在行爲成立之百年、十年後，尙得提起爭訟，行政行爲，因而突然撤銷，紊亂社會秩序，莫此爲甚，此所以行政行爲有不可爭力，對於私人提起爭訟之期間，設有限定也。

(註八九) 行政行爲之不可變更力，亦稱既判力，原爲普通法院判決所具之效力，蓋普通法院，一旦適用法規，而爲判決後，除合於再審之原因者外，嗣後不得再就該事件審理，而撤銷變更原判決，誠以普通法院，以確定法規真意何在，從之而下判決，爲其任務，故於既確定法規真意以後，自不得妄加變更，且普通法院當判決之

前，常使訴訟當事人參加，命爲言詞辯論，以爲判決之基礎，故如日後置當事人之口頭辯論於不問，由法院任意撤銷，殊非尊重私人權益之道，此所以普通法院之判決，咸具有既判力也。

（註九十） 行力行爲具有不可變更力與否，學說不一：（一）有不認行政行爲具有不可變更力，行政官署任何時均得將其撤銷者。此說謂行政行爲之目的，非在確定法規之真意，實爲保護、增進國家及人民利益。法規之解釋適用，並非行政之終局目的，而僅係貫徹行政目的之手段。故行政官署既爲行政行爲之後，如認該處分害及公益，或在政治上行政上爲不利時，自得將其撤銷或變更，以貫徹行政之目的。（二）有謂行政行爲與司法判決相同，具有實質上之確定力，行政官署既對私人爲行政行爲，即不得將其撤銷或變更者。此說謂行政行爲既成立之後，私人咸因之而爲一定行動，倘行政官署任意可將其撤銷或變更，是置私人之法律上地位於不安定之狀態，而受莫大之損害，故不應將其撤銷或變更。矧在今日，行政區域，亦猶司法區域然，多採裁判制度，與當事人以言詞辯論之機會，故如非再使當事人參加，行政官署自不得將其撤銷或變更，以尊重人民之權益。（三）亦有折衷於前列二說之間，謂行政行爲具有不可變更力與否，應分別決定者。此說將行政法院之判決與其他處分相區別，認爲前者有不可變更力，後者則未必皆有不可變更力。命私人以義務，或使其發生不利益結果之行爲，不具不可變更力，行政官署可任意將其撤銷或變更；其授與私人權利或利益之行爲，則具有不可變更力，行政官署不得將其撤銷變更。第三說爲通說，多數學者皆從之。

(註九一) 美濃部達吉博士謂：「行政行為之不存在，與行政行為之無效不同。行政行為之不存在云者，與行政行為觀念相當之事實，並不存在之謂也。欲使行政行為存在，至少須係行政機關之意思表示，或進意思表示之行為，完全不立於行政機關地位者之行為，不僅無效而已，且為行政行為之不存在。故如非警察官吏詐稱官名，而行使警察權，私人偽造官吏書，而詐稱受官之許可，均為行政行為之不存在。」（行政法撮要上卷一〇二頁）。

(註九二) 得撤銷之行為，與無效之行為不同，並非自始當然無效，在未撤銷以前，縱具有法律上之瑕疵，亦屬有效成立，經有撤銷權之官署，決定其無效後，始失其效力。其撤銷，僅有正常權限之官署，始得為之，其他行政機關或法院，均不得以獨立之審查，決定其無效。在有正常權限之官署，將其撤銷以前，仍為完全有效之行為，對於一切之國家機關及人民，均有拘束力。

(註九三) 民法第七十二條規定：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效。」

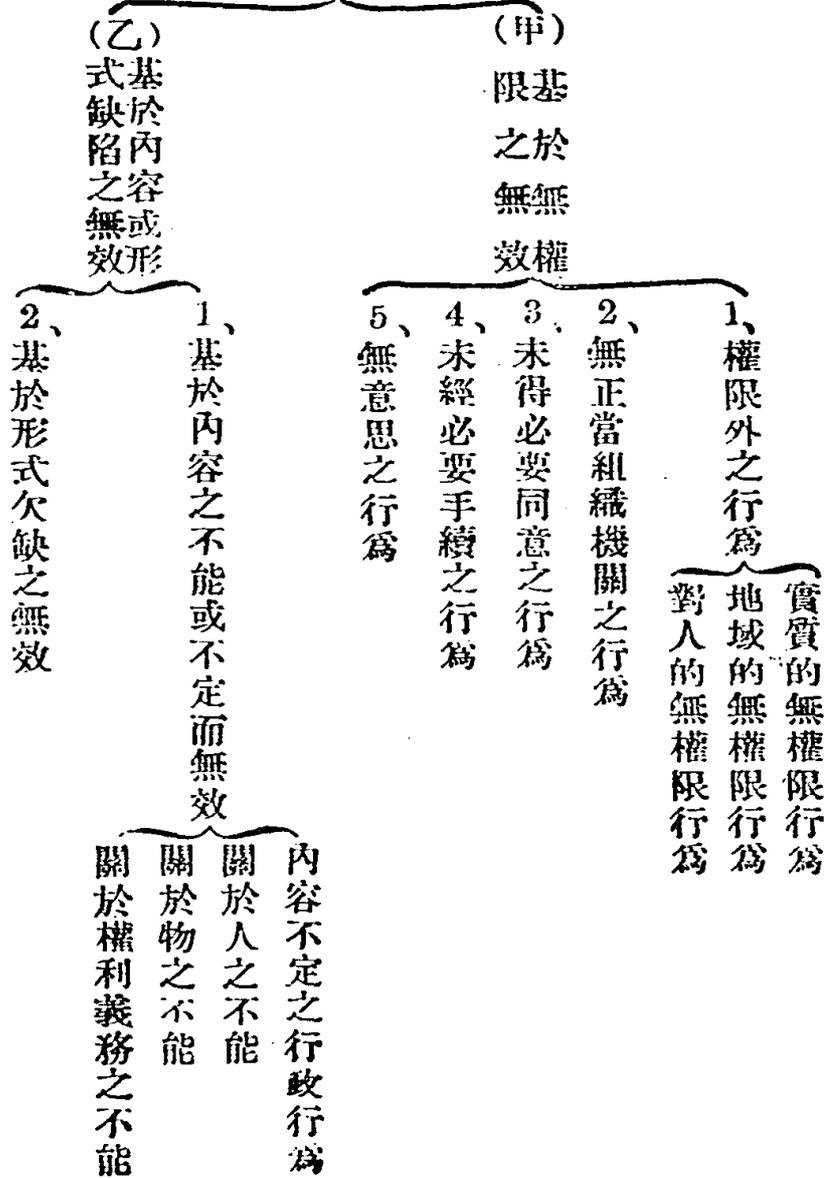
(註九四) 美濃部博士謂：「法令之規定，究係屬於命令之規律，或屬於能力之規律，為各場合之解釋問題，應按照事件之性質，與條理決之，概括言之，能力的規律，僅依法律或委任命令而定，一般命令，僅能規定命令之規律能力之規律，全然在其範圍之外，使行政行為無效者，僅以違反法律之時為限，命令之違反，則僅為得撤銷之原因耳。」（前揭書一〇六頁）。

(註九五) 無正當組織機關之行爲，例如(1)合議制機關之出席者，不足法定人數；(2)將法律上不應出席會議者，加入議決時，始滿定數或得過半數之議決；及(3)應召集始能開會時，不俟召集而開會，或其召集無效等情形是。

(註九六) 范揚氏謂「行政處分，究有何等瑕疵，乃爲無效，而有何等瑕疵，乃爲僅得撤銷，關於其間界限，各國之成文法，咸無明確規定，而學說尙未一致。祇自公法法理言之，行政處分，以有特別重大之瑕疵爲限，始爲當然無效，否則僅得撤銷，蓋行政處分與私法行爲不同，私法中關於法律行爲之無效原因，類有詳明規定，法律行爲，有無效之原因時，常爲當然無效而不待於主張或宣告。理固甚明，事亦易斷。而行政處分，因有何等瑕疵，乃爲當然無效，公法中通常無特定明文，可資援引。而一處分有效與否，該當處分機關，於某程度，得自行認定之。苟該當處分機關，就其職權內行爲，自認以爲並無不妥，則其處分未受有正常權限之官署指斥以前，尙應視爲有效。因關於處分之效力，若該當官署，無此種認定權，則處分中略有瑕疵，人民亦得與以反對，將國家不宜爲機宜之處置矣。故行政處分應以有特別重大瑕疵，而不容忽視者爲限，始爲當然無效，否則僅得撤銷而已。」(行政法總論二五七頁)其說可供參考。

(註九七) 茲就行政行爲之無效原因列表於下：

行政行為之無效原因



(註九八) 范揚氏謂：「行政罰與刑罰，兩者雖同為非違行為之制裁，而所處罰之客體，各有不同，後者為

對侵害社會公益行為所科之處罰，以罰犯罪，前者為對行政上義務違反之行爲，所科之處罰，以罰行政犯或秩序犯，」與吾人採取相同之見解。然又補充說明曰：「但謂行政犯為對行政上義務之違反行爲，刑事犯為社會

公益之侵害行爲，不過就大體上之區別而言，若謂行政犯決不關涉社會法益之侵害，刑事犯決不關涉行政上義務之違反，則屬大謬。蓋行政犯或刑事犯，互有牽涉社會法益之侵害，及行政上義務違反之可能。祇其行爲，究以行政犯而處罰，或以刑事犯而處罰，得爲適宜決定。而立法上則恆以其及於社會之影響爲準，以對社會利益之侵害大者爲刑事犯，小者爲行政犯耳。」（行政法總論二八二頁、二八六頁）

（註九九） 執行罰與刑罰是否可以併科，日本學者中亦有爭論。採否定說，即認爲二者不能併科者，爲田萬、美濃部達吉、島村他三郎諸氏；採肯定說，即認爲二者可以併科者，爲清水澄、佐佐木惣一、野村淳治諸氏。茲舉美濃部及野村二氏所持之理由於次，以供參考。

美濃部謂：「對於同一行爲，得以併科執行罰與刑罰與否，雖有爭論，然以認其不能併科爲當。蓋二者目的雖異，然就其基於國家之一般統治權，而課以痛苦而言，實有共通之性質，若認爲可以併科，是不啻以同一之義務違反，而科以二重之罰之結果，實違反刑罰法規之精神。」（行政法撮要一三四頁）野村淳治氏則謂：「日本行政執行法上，並無對於觸犯刑法上禁止之行爲，不行爲者，不得課以強制罰之明文，故除行政執行法以外之特別法令，設有反對規定者外，對於刑罰所課之行爲，不行爲，亦得科以強制罰。蓋刑法上之刑罰與行政上之強制罰，異其性質，故私人不爲行政官廳所命之行爲，或爲行政官署所禁止之行爲時，對其不作爲及作爲，自不妨併科以刑罰與強制罰。」（行政法總論二二六頁）

(註一〇〇) 民法第一八八條規定，受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由受僱人與行為人連帶負損害賠償責任；但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。第一百九十條一項規定：動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任；但依動物之種類及性質，已為相當注意之管束，或縱為相當注意之管束，而仍不免發生損害者，不在此限。第一九一條一項規定：土地上之建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人，負賠償責任；但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。

(註一〇一) 近年各國學者，盛倡無過失責任主義（結果責任主義）。依此主義，國家不得濫用權力，違法的侵害人民之自由或權利，故如因國家之違法行使權利，而侵害人民之權利時，人民自有就其損害請求國家賠償之權。近年各國立法亦有採取此種主義，在某程度內，承認國家賠償責任之趨勢，惟我國現尚未有此類立法，故解釋上不得不囿於過失主義，而為上列之解釋。

(註一〇二) 關於此點，日本大審院判例，近三十年來有顯著之變更，在一九一六年（大正五年）以前之判例，皆分國家事業為營利事業與公益事業，僅於其營利專業上，適用民法規定，國家有賠償責任，至於公益

事業，則完全不適用民法，故雖違法加損害於人，國家亦不負賠償之責。迨一九一六年承認市立小學，因設備不完全，而致兒童於死時，市政府應依民法負損害賠償之責以後，始不因國家事業為營利事業或公益事業，而異其責任，此中經過，大足供人檢索也。

(註一〇三) 我國最早之訴願法規，係於民國三年五月十七日頒布，稱為「訴願條例」，同年七月廿日修正之，改稱「訴願法」。國民政府成立後，十八年由立法院根據行政院咨送內政部擬具之草案，議定訴願法十四條，於十九年三月廿四日公布，民國二十四年十月，立法院又將其修正，二五年十二月再修正之，於二六年八月一日公布施行，即現行之訴願法，仍為十四條。其屢次修正之要點，多為關於管轄問題。

(註一〇四) 關於訴願事項，各國立法例不同，我國因係採概括主義，日本則採列舉主義，依日本訴願法第一條規定，訴願除法律勅令有特別之規格外，惟對於下列事件，得提起之：1、關於租稅及手續費之賦課事件；2、關於租稅滯納處分事件；3、關於營業免許之拒否或取消事件；4、關於水利及土木事件；5、關於土地之官有、民有區分事件；6、關於地方警察事件；7、其他法律勅令特別許其訴願之事件。

(註一〇五) 關於違法處分與不當處分之區別，司法院曾著有解釋云：「所謂違法處分，係指行政處分之違反法規者而言，若於法律並無違反，而實際上有害公益者，即屬不當處分。」(司法院院字第三五四號解釋)至於權利與利益之區別何在？為學說上大有爭執之問題，尙乏解釋可據，依吾人所信，權利為法律所保護

之利益，權利中含有利益之成分，而利益則不若權利之充滿法律性，雖利益有時亦受法律之保護，然固不似權利所受保護之確定與堅強。例如吾人家中自置沙發，因有所有權關係，自得享有使用之權利，果行政官署無法規根據而徵用之，則為侵害人民權利之違法處分。至於公園中之長椅，遊人並無所有權，而得使用之者，係屬一種利益之享受，果使市政府以行政處分禁止某甲使用，則為侵害人民利益之不當處分矣。

(註一〇六) 訴願法第一條所稱之人民，並不限於中華民國國籍，即居留中國之外國人，如因違法或不當之行政處分，損害其權利或利益時，亦得提起訴願。此節前平政院會通令有案，國府成立後，仍援用之。

(註一〇七) 公務員對於主管官署所為之處分，得以提起訴願與否，學理上有積極消極二說。主張積極說者，以公務員亦係人民，供職亦係權利之一種，對於主管官署之不當處分，自得適用訴願法第一條之規定，提起訴願。主張消極說者，則謂長官對於屬員之處分，係行使公法上國家之職權，人民依法訴願，係保障私法上個人之利益，根本不能相混，公務員對於上級官署之任免命令，祇有服從義務，此因身分與一般人民不同，亦因職務與普通權利有別，故不能適用訴願法第一條之規定。我國司法院歷次解釋，均採消極說。如院字第三三九號解釋云：「人民為官吏，雖係公權之一種，然人民與官吏身分各別，其有因官吏身分受行政處分者，純屬行政範圍，非以人民身分，因官署處分受損害者可比，自不得援引訴願法，提起訴願。」院字第一二八五號解釋云：「已退休之公務員，關於養老金支給數額及其方法，依公務員卹金條例所規定，係為公務員之特別身分而設，實為

公法上之權利，故其請求被原官署爲駁回之處分後，無論是否受有損害，要不得依訴願法第一條提起訴願。均其適例。

(註一〇八) 日儒島村他三郎氏，謂訴願與請願不同之點有四：(1) 攻擊之目的不同。請願不以攻擊行政處分爲其要件，對於事實上之行爲，私法上之行爲，以及不與行政處分相當之公法上行爲，亦得請願。(2) 主張之理由不同。請願不必主張害及其利益，主張其在一般之公安上，公益上爲失當，以及對於將來事項，喚起注意，開陳希望者，亦不失爲請願。(3) 要求不同。訴願因無攻擊行政處分之必要，即令係攻擊行政處分，其僅指該處分失當，而喚起以後之注意，或希望將來爲一定處分者，亦不失爲請願，故與要求撤銷或變更對於處分加以攻擊之訴願不同。(4) 就受理機關，應依一定手續而爲決定與否而言，二者亦不相同。訴願如具備法定要件，即應就其主張而爲裁決；反之在受理請願之機關，則未必有此必要（見行政法要論二四七頁）。

(註一〇九) 自省政府合署辦公制度，及行政督察專員制度實施以後，地方行政組織頗有變更，自亦影響及於各級訴願之管轄，故軍事委員會委員長南昌行營，曾於二三年十一月頒布省政府合署辦公後，訴願管轄程序辦法三條如下：

一、不服縣、市政府處分，仍以省政府主管廳爲訴願機關，以省政府爲再訴願機關，訴願由主管廳主辦，決定書由該管廳長署名（不受省政府合署辦公辦法大綱第六條拘束），而以省政府名義行之，再訴願由省政府

主辦：主席署名行之。

二、因省政府合署辦公辦法大綱第五條之規定，省政府所屬各廳之處分，視同省政府之處分，不服此項處分，應向中央主管部會提起訴願，向主管院提起再訴願，惟對於該大綱第四條自發之廳令，仍依訴願法二條二款辦理。

三、各行政督察專員公署，遇有訴願，仍照豫鄂皖三省剿匪總司令部普鄂字第四二七號指令辦理（原令謂行政督察專員，與各廳處在行政地位上，同屬一級，各廳處受理訴願時，應對於該管專員為事實上之諮詢，專員受理訴願時，應附具意見，移送主管廳處核辦，以符法意）。

右列三條，除第一條規定因新訴願法已就舊訴願法之規定，加以修正，可不俟論外，其餘二條仍為現行決定管轄之標準。

（註一一〇）關於訴願之管轄，尚有應注意者三：1、凡下級官署呈奉上級官署核准所為之處分，下級官署奉令執行之件，而在實施處分時，以下級官署名義行之者，皆認為下級官署之處分，對之提起訴願，此其一。2、不服縣、市以下各機關之處分者，依司法院院字第三五四號之解釋，應依第三條之規定，比照等級為之，此其二。3、不服五院及直隸國民政府各官署之處分者，僅有訴願而無再訴願，蓋五院為全國行使行政、立法、司法等權之最高機關，兼有最後之指揮監督權，而國民政府之地位，又不親政治，故即以原機關為訴願機關，無再訴願之

必要也，此其三。

(註一一一) 行政院第二一三一號訓令謂，訴願法第四條所謂在途期間，應比照司法行政部訓字第二一二五號通令所定民事訴訟當事人扣除在途期間辦法辦理，即「當事人住居地距離法院所在地，每水陸路五十里，應扣除在途期間一日，不滿五十里，而在十里以上者，亦同。海路每一海里作三里半計算，其火車輪船通行之地，則在途期間之全部或一部，依車行或船行期間定之，若車行或船行期間，不滿一日者，亦作一日計算。」

(註一一二) 范揚氏謂我國現行行政訴訟制度，實以保護個人權利為主要目的，與本書持相反之見解。其言曰：「關於行政訴訟之性質，學說至不一致，主要者計有權利保護說與法規維持說二說。前者以行政訴訟為保護權利而設，後者以行政訴訟為維持法規而設。余以此問題之解答，應以各國之成法為準。蓋實際法制，本得依於任何一說，或折衷兩者而成立。如日本法制採折衷說，普魯士採法規說，奧及南德意志諸邦採權利說。我國現制觀於行政訴訟法第一條，謂：『人民因：：官署之違法處分，致損害其權利：：者，得向行政法院提起行政訴訟。』蓋亦從權利說也。要之，我國現行行政訴訟制度，實以保護個人權利為主要目的，而非重在維持法規。雖行政審判之際，所告爭之行政處分違法與否，必成問題。以是其審判作用，似亦在於排除行政關係中之違法狀態者。然此時法之宣判，不過為保護個人權利之手段而已。個人權利因受違法侵害，請求行政救濟，其前提因須審查法規，而其訴訟目的，則終在乎權利之保護也。」(行政法總論三〇一頁以下)。

(註一一三) 我國之有行政訴訟法，始於民國三年北京政府公布之行政訴訟法，全文共四章三十四條。國民政府成立以後，於二一年十一月十七日公布行政訴訟法廿七條，定於二二年六月二三日施行。該法前後修正兩次，第一次修正於二四年十月，第二次修正於二五年十二月，於二六年一月八日公布施行，是即現行之行政訴訟法也。

(註一一四) 茲錄民法關於損害賠償之規定於次，以供參考：1、負損害賠償責任者，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀，因回復原狀而給付金錢者，自損害發生時起加給利息。2、應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。3、不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。4、損害賠償除法律另有規定，或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，依通常情形或依已定之計畫設備，或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。5、損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之；重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不予促其注意，或怠於避免或減少損害者，為與有過失。6、損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償，致賠償義務人之生計，有重大影响時，法院得減輕其賠償金額（民法第二一三條至二一八條）。

(註一一五) 范揚氏前揭書對於晚近之英、美行政審判情形，敘述甚詳，可供參考。其言曰：「英、美等國，在

法理上向無公私法之別，無論行政主體與私人間，或私人相互之關係，皆受普通法之支配。而關於法律上之爭訟，亦無行政事件與刑事案件之分，概屬於普通法院審判。故英、美等國，根本上無所謂行政法，久為學者之所論定。祇近歲以來，情勢變遷，為應實際需要，行政各部每設初級之行政審判機關。迄於最近為止，其數之多，無慮有二百餘種。質其所以獨立增設之理由，不外（1）因最近社會立法發達之結果，行政權活動之範圍，逐漸擴大，舊有之普通法院，對於此類之新案件，缺少理解，不如使與之有深切關係之行政各部，組織特別審判機關，較為妥當。（2）普通法院，程序迂緩，費用浩大，不如行政審判，迅速省費。（3）行政爭訟事件，漸臻繁雜，普通法院，實已不能再加受理。（4）行政各方面，盛行標準立法，除非具體應用，其內容甚難絕對確定，欲解決此類法律問題，亦非專任之行政審判機關不可。基於此等理由，故其獨立分離之行政審判機關，有增無已。然其裁判程序，原則上未採公開言詞辯論主義，判決往往不附理由，且判例亦不發表，凡此各點，與嚴正之行政審判，猶覺有所未符。又對於此等行政審判機關之判決，如有不服，仍得控訴於普通法院，在此點上與完全分離獨立主義，亦屬異致。（三一—二頁）。

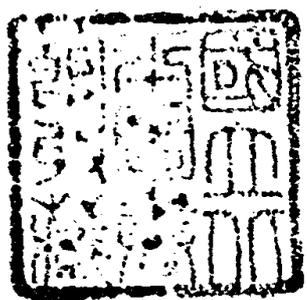
（註一一六）我國受理行政訴訟之機關，始於民國三年成立之平政院，惟平政院與今日之行政法院，頗不相同。1、平政院為行政組織之一部，且為中央政府內之獨立機關，雖其執掌專在行政審判，不在處理普通行政事務，而與一般法院，固異其組織上之系統也，行政法院則隸屬於司法院，而與最高法院，司法行政部，中央公

務員懲戒委員等並立者也。2、平政院對於遼遠之地方，除以地方最高行政官署爲被告之行政訴訟外，得由平政院院長，囑託被告官署所在地最高級司法官署司法官與其所派之平政院評事，合組五人合議庭審理之。其在事實上實爲平政院暫時所設之分庭。行政法院則並無分院及類似之組織，且亦不如一般法院之有等級也。3、平政院兼有公務員懲戒之權，最初並設有肅政廳，置肅政史，掌理糾彈職權，其對於人民未提起之訟案，亦得向平政院提起之，並監視平政院裁判之執行。行政法院則無懲戒公務員之權力，審理案件，亦遵守不告不理之原則焉。

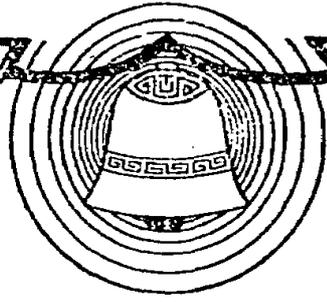
準上比較，可知行政法院之組織，實具特殊性，所掌理者，雖爲行政事件之訴訟，然在系統上，則爲隸屬於司法院之機關，與德、法、德諸國均不相同，故年前討論憲草之時，評論者頗不乏人。

（註一二七）民事訴訟法第三十二條規定，推事有左列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務，1、推事或其配偶、前配偶、或未婚配偶，爲該訴訟事件當事人者；2、推事爲該訴訟事件當事人七親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者；3、推事或其配偶、前配偶、或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人，共同義務人，或償還義務人之關係者；4、推事現爲或曾爲該訴訟事件當事人之法定代理人，或家長、家屬者；5、推事於該訴訟事件，現爲或曾爲當事人之訴訟代理人，或輔佐人者；6、推事於該訴訟事件，曾爲證人或鑑定人者；7、推事曾參與該訴訟事件之前審裁判，或公斷者。

(註一一八) 再審之訴，謂因有一定情事，對於確定判決，提起不服之訴，請求再為審判之謂也。得請求再審之一定情事，稱為再審事由。再審事由，為民事訴訟法第四九二條所明定。依該條規定，再審事由如下：1、判決法院之組織不合法者；2、依法律或裁判應迴避之推事，參與裁判者；3、當事人於訴訟未經合法代理者；4、當事人知他造之住所居所，指為所在不明，而與涉訟者，但他造已承認其訴訟程序者，不在此限；5、參與裁判之推事，關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者；6、當事人之代理人或他造，或其代理人，關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決者；7、為判決基礎之證物，係偽造或變造者；8、證人鑑定人或通譯，就為判決基礎之證言、鑑定、或通譯、被處偽證之刑者；9、為判決基礎之民事或刑事判決，及其他裁判，或行政處分，依其後之確定，裁判或行政處分，已變更者；10、當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決或和解調解，或得使用該判決或和解調解者；11、當事人發見未經斟酌之證物，或得使用該證物者，但以如未經斟酌可受較有利之裁判者為限。



中華民國三十一年六月九日
呈繳



版權所有
翻印必究

中華民國三十三年四月渝初版
中華民國三十六年六月滬五版

中國行政法總論

全一册 定價國幣七元六角
(外埠酌加運費匯費)

編著者	林紀東
發行人	吳秉常
印刷所	正中書局
發行所	正中書局

(1580)

