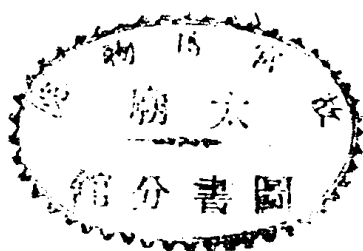
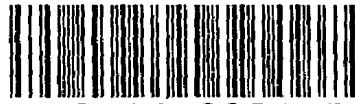


行政法總論



書叢學大

論總法政行



3 0646 8251 5

~~03343~~

大學叢書委員會

委員

丁燮林君 李聖五君 竺可楨君 唐 鈺君 傅斯年君
王世杰君 李權時君 胡 適君 郭任遠君 傅運森君
王雲五君 余青松君 胡庶華君 陶孟和君 鄒 魯君
任鴻雋君 何炳松君 姜立夫君 陳裕光君 鄭貞文君
朱經農君 辛樹幟君 翁之龍君 曹惠羣君 鄭振鐸君
朱家驊君 吳澤霖君 翁文灝君 張伯苓君 劉秉麟君
李四光君 吳經熊君 馬君武君 梅貽琦君 劉湛恩君
李建勛君 周 仁君 馬寅初君 程天放君 黎照寰君
李書華君 周昌壽君 孫貴定君 程演生君 蔡元培君
李書田君 秉 志君 徐誦明君 馮友蘭君 蔣夢麟君

歐元懷君
顏任光君
顏福慶君
羅家倫君
顧頡剛君

序言

一 本書底稿爲余多年教授生涯中所編講義之一種，凡我多數相知，一見自能明瞭，似無待於贅述。惟行政法學成立之日尙淺，各國學者所著，系統極不一致，著者所採見地，尙有數點，應先述明。

二 行政法學爲法學之一分科，當以就法律的現象及以法學的方法組織而成立者，較爲合於理想。著者於方法論一端，不敢謂有深造，但平時亦頗注意，尤其近時發達之純粹法學學說，覺其頗有可採之處。惟爲便利讀者了解起見，關於法制原理，不得不加說明，立法上未完備之處，亦不得不略抒所見，所以完全採取此種見地，亦覺以爲未可。但行政法學與行政學或政策學，究有分際，彼此不容侵襲；應屬行政學詳細討論之點，則著者不得不認爲非法學的問題，而勉力避之矣。

三 研究行政法，初學之士大抵對於行政組織一端，特有興味。蓋肢體分明，而後各種活動始能判斷其所由來。於此一端，原未可出於輕忽。但法學中所研究，與行政學中迥不相同，須注重於各機關之法律上性質、地位，及其對內對外之關係。故近時外國新出著作，於此部分，其說明類多簡略。著者本亦不欲過於詳述，乃脫稿後覺其在全書中所佔篇幅，已屬不少。此固因我國行政組織龐大複雜所致，而亦爲便利讀者明瞭整個組織之系統

耳。第我國中央及地方之行政組織，無日不在推移改變之中，在理論上欲求一確定之觀念，一時殊不易得。以後所有變更，尙希讀者隨時自留意焉。

四 國家行政（狹義的）與自治行政，各有區別，殆爲學界共認。然自治行政與國家行政組織，在著書中應否連接一起說明，學說猶未一致。若以兩者間之關係言，固以連接一起較妥，而以自治行政之特殊性言，則亦未嘗不可分離說明。著者於此問題，原無特別成見。祇以我國自治制度猶未確定，且各項主要自治法規，正在大批改訂之中，對於目前暫行制度及其實施狀況，殊不欲爲攝影式之寫照。蓋今日所行者，不數月後又多變爲法制史上之陳迹矣。故本書關於自治行政一章，姑置通論與沿革二節於篇末，以爲將來重版時留一續筆餘地。惟普通習法政者讀此二節之後，對於將來新頒自治法規，吾知其亦有相當之理解矣。

五 行政作用及行政救濟二章，純係法律問題，且爲行政法學中心問題，茲爲便於讀者研究起見，特不厭求詳，剖析論述，俾其得一明確觀念。

六 本書自初稿完成，已經修改多次，但反復修改，實無窮期，殆非就各項大小問題，逐一爲文討論，不能快意。奈目前時間有限，且續出之行政法各論兩冊，亦待整理蕞事。故決將總論之稿先行付梓。海內賢達暨法學界諸先輩，尙乞有以教之。

民國二四年三月二十八日范揚識於廣州石牌

588.1
530
3

目次

第一章 行政法之基本觀念

第一節 行政……………一

第一款 行政之觀念……………一

第二款 行政之種類……………七

第二節 行政法……………一一

第一款 行政法之觀念……………一一

第二款 行政法之法源……………一四

第三節 行政法學……………二〇

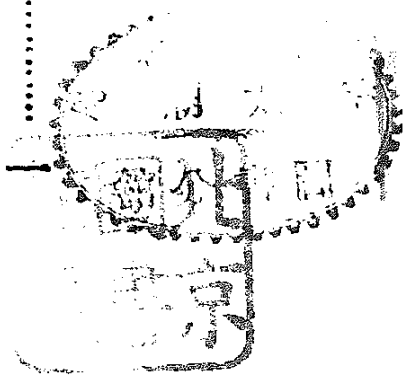
第一款 行政法學之觀念……………二〇

第二款 行政法學與行政學……………二三

第二章 行政法之基本法則……………二九

目次

三



A 212164

第一節 法治行政主義	二九
第一款 概說	二九
第二款 行政權之界限	三四
第三款 羈束裁量與自由裁量	三六
第二節 行政上之法律關係	三九
第一款 概說	三九
第二款 公法關係與私法關係之區別	四一
第三款 公法關係之主體	四四
第四款 公法關係之種類	四五
第五款 公法關係之內容	四七
第一項 概說	四七
第二項 公權之觀念	四八
第三項 公權與反射利益	五〇
第四項 公權之種類	五二

第五項 公的義務之種類·····	五九
第六款 公法關係之變動·····	六〇
第二章 行政組織 ·····	六七
第一節 概說·····	六七
第二節 國家行政組織通論·····	六八
第一款 行政機關·····	六八
第一項 行政機關之觀念·····	六八
第二項 行政機關之性質·····	七〇
第三項 行政機關之種類·····	七一
第四項 行政機關之構成員·····	七四
第二款 行政官署·····	七六
第一項 行政官署之觀念·····	七六
第二項 行政官署之種類·····	七八
第三項 行政官署之組織·····	七九

第四項 行政官署之權限	八〇
第五項 官署權限之代行	八三
第六項 官署權限之爭議	八六
第三款 委任行政	八七
第四款 行政監督	八八
第一項 行政監督之觀念	八八
第二項 監督機關	九〇
第三項 監督方法	九一
第三節 國家行政組織梗概	九三
第一款 中央行政組織	九三
第一項 沿革	九三
第二項 現行中央行政組織	一〇〇
第二款 地方行政組織	一〇九
第一項 沿革	一〇九

第二項	現行地方行政組織·····	一一五
第四節	官吏·····	一二九
第一款	官吏之觀念·····	一二九
第二款	官吏之種類·····	一三二
第三款	官吏關係之成立·····	一三五
第一項	任官行為之性質·····	一三五
第二項	任官行為之形式·····	一三九
第三項	任官之要件·····	一三九
第四款	官吏之地位·····	一四四
第一項	官吏之權利·····	一四五
第二項	官吏之義務·····	一五三
第三項	官吏之權能·····	一六二
第五款	官吏之責任·····	一六二
第一項	概說·····	一六二

第二項 懲戒責任·····	一六三
第三項 刑事責任·····	一七〇
第四項 民事責任·····	一七一
第六款 官吏關係之變更及消滅·····	一七四
第五節 營造物及公物·····	一七八
第一款 概說·····	一七九
第二款 營造物·····	一七九
第一項 營造物之觀念·····	一七九
第二項 營造物之成立及廢止·····	一八二
第三項 營造物之管理·····	一八四
第四項 營造物關係之性質·····	一八六
第五項 營造物之利用·····	一八八
第一目 利用關係之成立及終止·····	一八八
第二目 利用關係之效果·····	一九〇

第三款	公物	一九三
第一項	公物之觀念	一九四
第二項	公物之性質	一九六
第三項	公物之成立及消滅	二〇一
第四項	公物之管理	二〇三
第五項	公物之使用	二〇五
第一目	概說	二〇五
第二目	普通使用	二〇六
第三目	特別使用	二〇七
第四章	行政作用	二一七
第一節	概說	二一七
第二節	行政行為之觀念	二一九
第三節	行政行為之種類	二二一
第四節	行政命令	二二五

第一款 行政規章	二二五
第一項 概說	二二五
第二項 行政規章之種類	二二七
第三項 行政規章之根據及限制	二二九
第四項 行政規章之成立公布及施行	二三〇
第五項 行政規章之效力	二三一
第六項 行政規章之廢止及消滅	二三二
第二款 行政規程	二三三
第五節 狹義的行政行為	二三五
第一款 單方行為	二三五
第一項 概說	二三五
第二項 行政處分	二三五
第一目 行政處分之種類	二三五
第二目 行政處分之內容	二三八

第三目	行政處分之附款	二四四
第四目	行政處分之成立告知及受領	二四八
第五目	行政處分之效力	二五四
第六目	行政處分之無效及撤消	二五七
第七目	行政處分之廢止及消滅	二六八
第三項	準行政行爲	二六九
第二款	雙方行爲及合同行爲	二七一
第一項	行政上之強制執行	二七四
第一目	概說	二七四
第二目	行爲及不行爲義務之強制	二七五
第三目	給付義務之強制	二八一
第二項	行政上之處罰	二八二
第五章	行政救濟	二八七
第一節	概說	二八七

第二節 訴願	二八九
第一款 訴願之觀念	二八九
第二款 訴願之事項	二九一
第三款 訴願人	二九二
第四款 訴願機關	二九三
第五款 訴願之提起	二九四
第六款 訴願之審理及決定	二九六
第三節 行政訴訟	三〇〇
第一款 行政訴訟之觀念	三〇〇
第二款 行政訴訟之性質	三〇一
第三款 行政訴訟之事項	三〇三
第一項 一般事項	三〇三
第二項 附帶請求事項	三〇八
第四款 行政審判之機關	三一

第五款	行政訴訟當事人	三二六
第六款	行政訴訟之程序	三二三
第一項	行政訴訟之提起	三二三
第一目	起訴之要件	三二三
第二目	起訴之效果	三二五
第二項	行政訴訟之審理	三二六
第三項	行政訴訟之判決	三三二
第四項	行政訴訟之再審賠償	三三七
第四節	行政上之損害	三四〇
第六章	自治行政	三五二
第一節	通論	三五二
第一款	自治之觀念	三五二
第二款	自治團體之性質	三五三
第三款	自治團體之種類	三五六

第四款 自治團體之組織	三五八
第五款 自治團體之權能	三六〇
第六款 自治之監督	三六二
第二節 沿革	三六三
附行政法主要參考書目	三七四

行政法總論

第一章 行政法之基本觀念

第一節 行政

第一款 行政之觀念

第一 概說

凡依國家統治權所發之行動，皆爲統治權之作用。國家之統治作用，頗多不同之分類，在我國現時採行制度之下，得分立法，司法，考試，監察，及行政五種。簡言之，立法爲制定法規之作用，司法爲維持法規之作用，考試爲檢定公務員資格之作用，監察爲糾劾公務員非法之作用，而行政乃包括司法考試監察以外，而行於法規下之一切統治作用。惟此五種作用，不僅依性質以區別，且由各別機關而行使。自原則上言之，立法作用屬於立法機關，司法作用屬於司法機關，考試作用屬於考試機關，監察作用屬於監察機關，而行政作用則屬於行政機關。如是將統治權

之作用，分爲五種，使各機關於某程度獨立而行之思想，即稱五權分立主義。

五權分立主義，爲孫中山所首創。即在其「五權憲法」中，將政府所有之統治作用，分爲五種，名爲治權，分屬於五種機關，使各司其事而獨立。此五權分立之思想，即參合中國固有之三權，與歐西流入之三權，相陶冶而成。按孫氏之意，不特歐美各國，採行三權分立制度，即我國君主時代，亦嘗採行之。中國三權，爲考試權，彈劾權及君權；而立法，司法，行政三種作用，統屬於君權之下。外國三權，爲立法，司法，行政；而考試隸屬行政，彈劾則操之議會。然無論中外三權，要皆有偏失之嫌。蓋以君主一人而兼掌立法，司法，行政，固有流於絕對專制，危害人民自由之弊，而以立法機關兼掌彈劾，行政機關兼掌考試，則無以救議會政治與選才制度之窮。故孫氏爲補偏救弊，求一善良制度，乃考核中外得失，融會貫通，而創成此五權分立主義。

我國自入訓政時期，設立五院，試行五權之治，形式上固已採行五權分立主義。然權力分立，決非絕對不相繫屬。五種統治作用，祇原則上分隸於五種機關行使而已。凡原則必豫期有例外存在，如性質上明爲立法或司法作用，法律有時使屬行政機關行使；而性質上顯係行政作用，有時亦使屬於立法或司法等機關兼行。是乃因於政治上之理由，而爲便宜之分配。詳細理由，姑不申述。

因各種統治機關權限之分配，非出於理論之結果，故立法司法行政等觀念，除其固有之意義，即實質上之意義外，尚有依所行機關種類而生之他種意義，即形式上之意義。茲就此二意義之行政，分述如次。

第二 實質上之行政 (materielle Verwaltung)

自實質上言，行政者，乃國家統治作用中除司法考試監察之外，而行於法規下之一切作用也（註一）。茲更析述如次：

（一）行政者，除司法考試監察以外，而行於法規下之一切作用也。

國家統治作用，自理論上分類，祇能別為立法與執行兩種，蓋無論在三權或五權分立之下，其分類皆非出於同一標準，而僅為便宜之區別。若依性質而言，則其作用不外為制定法規與執行法規二者。除創造法規之作用外，其餘皆為執行法規之作用。此執行法規之作用，即與廣義之行政相當於三權分立之下，更依目的別為司法與狹義之行政，司法為適用法規，審判訟案之作用；狹義之行政，為達其他國家目的之作用。而於五權分立之下，復從狹義之行政中，分出考試與監察之二作用。考試初屬行政，可無容疑，而監察之非屬純粹立法或司法，亦甚明顯。是於狹義之行政中，除去考試與監察以後所剩之部分，即為現時所求實質上之行政矣。故實質意義上之行政，乃自廣義之行政中，除去司法考試及監察以外之一切作用也。

（二）行政者，依法規所行之作用也。

法規之為物，乃有拘束國家人民效力之意思的規範，除不文法外，其成文法之制定，恆屬於制定法規之行爲。行政非制定法規，乃於既定法規之下，為達國家目的而行之作用也。國家行政在法規範圍內所行之場合，可分如

下三種。一曰依法執行。法規若有明確規定，僅須行政機關依法執行，即能發生效果。如納稅義務，本為稅法所明定，其現實義務，僅須行政行為命納一定金額，即能發生。二曰法規授權。法規有時僅定作用根據，依其根據而為一定之處置時，則於一定限界內，任諸行政行為自由決定。如警察官署根據法規禁止不正營業，或為其停止制限之際，法規但定其作用之根據，而於一定之限界內，授處分權於警察官署。於此場合，警察官署得於授權之範圍內，以自由判斷而定具體的規律，但其規律非行政上所新創，而為法規所預期，仍與立法行為不同。三曰受法限制。凡與人民之權利義務無直接之影響者，行政作用以得自由為原則。如國家敷設鐵道，設立學校等作用，非屬立法事項，得由行政自由活動。然就此等作用，立法上亦定有國家應遵循之準則，而行政即須受其限制。總之，行政作用不能破壞既定之法規，亦不能給與法規不認許之新權利，或命以新義務，而常於法規之下，或依法執行，或依法授權，及於其所限制之範圍內而行動。

(三) 行政者國家之作用也。

凡人格者莫不為達自己目的，處理種種事務。行政作用，即國家為達自己目的，而處理其事務之行為也。國家之目的，雖因時代不同，而現代國家要以自存治安、法政及文化四種為最主要。國家為達此等目的，乃為各種事務之施行與管理。其事務即稱公共事務 (öffentlicher Wirkungskreis) 或簡稱公務 (service public) (註1)。公務之大部分即屬行政。國家為行政事務之施行時，或運用權力時，亦為種種非權力之設施，就中為達文化目的

所爲各種作用卽不以權力之行使爲本質。最近因文化發達之結果，屬於此部門之行政事務，且有逐漸增加，以至凌駕其他一切行政作用而上之之趨勢。然則行政上之處理事務，與私法人或私人之處理行爲，實無本質之差異。惟行政作用爲國家作用一種，其與私人行動不同，全在其作用之出於國家與否。如係國家作用，則有行政性質，得與私人行爲區別。

第三 形式上之行政(formelle Verwaltung)

自形式上言，行政者，乃屬於國家行政機關及自治團體權限內之作用也。析言之如次：

(一) 行政以屬於行政機關之權限爲原則。

凡採行權力分立主義之國家，各種統治作用，原則上均依各別之機關而行使。已如上述。在我國五權分立之下，立法作用屬於立法院，司法作用屬於司法院及其所屬機關，考試作用屬於考試院，監察作用屬於監察院，而行政作用，則屬於各種行政機關。行政機關，自廣義言之，包含國家行政機關與自治團體二者。蓋國家之行政權，除由國家行使外，更分授一部於自治團體，使之掌管。故行政作用，原則上卽屬於國家行政機關及自治團體之權限。

(二) 行政一部屬於國家行政機關之權限。

處理國家行政作用之機關，爲國家之行政機關。現時我國，以國民政府、行政院、省政府、市縣政府等，爲最主要。此等機關本爲國家之直接行政而設立，而爲最本質之行政機關。然國家行政除由國家自身之機關執行外，又委

託其事務之一部於他團體或私人，使執行之。此等國家行政之受任者，雖非以國家機關而特別設立或選任，而於受託事務之範圍內，亦有國家行政機關之性質。故形式上之行政，一部屬於各種國家行政機關之權限。

(三) 行政一部又屬於自治團體之權限

行政作用，除由國家之行政機關執行外，更就其事務一部，授權於自治團體，認為其自己之目的而處理之。此時自治團體所有之作用，雖非直接為國家自身所行，而導源於國家，本有國家事務之性質，亦為行政作用之一種。顧自治團體所有之作用，亦不以實質上之行政為限，為達自治目的，於某程度，依法律亦得制定法規，調解訟案，而與國家同為實質上之立法司法等作用。然形式上之立法司法，專指屬於國家立法司法機關所行之作用而言。自治團體既為行政機關之一種，凡屬其事務而行之作用，不問性質如何，於形式上皆得稱為行政。故形式上之行政，一部又屬於自治團體之權限。

第四 二意義之異同

綜上以觀，形式上之行政與實質上之行政，其範圍不能盡同。形式上之行政，既包含立法司法等他種國家作用，而實質上之行政，則一部屬於他種機關之權限。

第一，形式上之行政，因包括行政機關權限所屬之一切作用，除實質上之行政外，兼及他種作用之一部。其包含實質上之考試與監察與否，法制猶未確定，姑不詳述。其兼及立法及司法作用之一部，則甚明顯。先就立法而言，

立法權雖以由立法院行使爲原則，而性質上原屬立法行爲，於特定場合及特定事件，亦屬行政機關行使。如法律認許行政機關，發布之職權命令及委任命令等，卽爲行政機關之立法。次就司法言之，實質上之司法作用，屬於行政機關之權限者，其例尤多。如於刑之宣告，對違警犯，警察官署，得爲卽決處分；對財政犯，財政官署，得爲通告處分。其於民事事項，如關於工業所有權，鑛業權，漁業權之非訟事件，行政機關，亦有其管轄權。故實質上之立法司法作用，其一部屬於形式上行政之範圍。

次之，實質上之行政作用，亦有屬於他種機關之權限。如國家歲出入預算之確定，本係行政作用，而屬於立法機關。又如下級司法官吏之任命監督，及司法院之總務事務，本爲行政作用，而屬於司法機關。

第二款 行政之種類

形式上之行政（註三），可自內容上與形式上，分類如次。

第一 內容上之分類

行政作用，可依法規內容，分爲組織，警察，保育，法政，財政，軍政，外政，及刑政八種（註四）。

(一) 組織 (Organisationsverwaltung)

凡法人皆爲組織體，必須有機關之組織，而後始有其活動。故不論國家或自治團體，皆須具有一定組織。惟國家與國內團體不同，國內團體，處於國家支配之下，因國家之承認，而始享有人格。是其組織之法則，恆爲國家所決

定。獨國家不屬於他人支配，而有自主獨立之地位，其一切組織，得以自己意思定之。故國家所有之組織權，又稱爲自主組織權 (Selbstorganisationsrecht)。國家依此權利，得自定政體，制定組織法規，設立機關，並選任一切吏員。國家組織權之作用，除屬於最高統治機關及立法司法等機關之權限外，皆屬於行政機關之權限。行政機關所屬之組織作用，以依法制定組織規程，及任免官吏，爲最主要。至於自治團體，亦爲處於國家下之團體一種，其組織法則，首爲國家所定，祇於國法所認許之範圍內，得自定規則而施行之。

(1) 警察 (Polizei)

國家爲謀生存發達，必須掃除一切障礙，以維持一般社會之秩序。國家爲維持社會秩序，有時得對人民行使命令強制之權力，是卽爲警察權。本於警察之作用，卽爲警察。國家爲維持安寧秩序，原不以警察之作用爲限，他如法政、軍政及司法中之刑罰，亦以保持國內安寧秩序爲目的。惟警察作用，以命令強制而行，在手段上，得與他種作用相區別。警察作用，因依命令強制而行，爲國家統治權之主要作用，於現時我國國法中，爲國家所專屬，自治團體不得有之。

(二) 保育 (Kulturpflege)

現代國家，不僅以消極的維持治安，爲已達其目的，必更進一步，以積極的開發社會文化，增進社會公益，爲其主要任務之一，是爲文化目的。國家爲達此種目的，乃於交通、運輸、農林、工商、鑛業、水產，以至教育、學術、宗教、感化、風

俗，衛生等，精神上物質上之一切方面，或自爲大企業家，經營各種不適於私人自由經營及私人不能舉辦之事業；或保護獎勵民間事業，以開發文化上種種要素，增進社會福利。並爲此而科人民以負擔。國家所有此種作用，卽爲保育。保育作用之本質，與警察不同，不在權力行使，而在各種事業之經營管理。故保育作用，不必爲國家所獨占，除國家自身外，自治團體亦得有之。又私人因國家之特許亦得有其權利。就中自治團體，於國家所容認之範圍內，所得經營之公共事業，種類尤多（註五）。

(四) 法政 (Justizverwaltung)

國家爲維持治安，又須就社會各人相互間之關係，爲法律之規定，並維持其規律。規律各人相互間之法規，卽爲私法。國家爲保持私法關係中秩序，所干預之作用，是爲民事行政或法政。法政作用，自程序上言之，不外民事訴訟與非訴訟事件兩種。其作用，原則上屬於司法機關之權限。但關於非訟事件之一部，爲行政官署所管轄。故法政作用，於某限度，亦爲形式上之行政。法政權亦權力作用一種，在我國爲國家所保留，其他團體不得有之。

(五) 軍政 (Kriegsverwaltung)

國家爲保持國際上之地位及國內之和平，不得不有強固之軍隊。國家爲維持管理軍隊，及爲此目的而科人民以兵役及其他負擔之作用，是爲軍政。軍政作用，可大別爲二；其一，維持管理之作用，與人民無何直接關係；其二，科人民以負擔之作用，得對人民，直接行使權力。

(六) 財政 (Finanzverwaltung)

國家爲自身之利益，及各種事務之經營，又不得不有充實之財力。國家爲維持管理財力，及爲取得財源而科人民以負擔之作用，是爲財政。自治團體，爲達其目的，亦需必要之經費，因之亦有財政之作用。財政作用，亦可分而爲二：其一，管理作用，卽爲收入支出及財產之管理，其二，權力作用，卽科徵租稅，及爲其附隨作用，而命令強制人民之作用。

(七) 外政 (Fremdgeschäftsverwaltung)

國家存於列國之間，應與各國構成國際社會，保持自己地位。故國家不特對內統治人民，保全公共福利，且須與列國交涉，主張國際地位，保護僑民利益，確保世界和平，及貢獻文化於人類全體。國家爲遂行此種任務之作用，是爲外政。外務行政，首爲國際法所規律，應讓於國際法學中研究。惟與國內公法，亦非絕無關係，如外務行政機關之組織及其權能，常爲國內法所規定。故外政於某限度，亦屬於行政法之範圍。

(八) 刑政 (Kriminalverwaltung)

國家爲達治安目的，除警察及法政外，尙有賴於刑政之作用。所謂刑政，乃禁遏侵害社會法益之行爲，及將其行爲人摒除於社會之外，或僅加以懲罰，以使改善於將來之制裁的作用。此種制裁的作用，卽爲刑罰，科處刑罰之國家權力，卽刑罰權。所謂刑政作用，實指刑罰權作用之全部而言。惟刑政作用，原則上屬於司法範圍，爲刑法刑事

訴訟法及監獄法中所研究，於此毋庸詳述。

第二 形式上之分類

行政作用，自外形上，可別為國家行政與自治行政兩種（註六）。

（一）國家行政

行政權除由國家自身行使外，更授其一部於自治團體，任其自治，已如前述。故行政主體，亦有國家與自治團體兩種。國家之行政作用，由國家之行政機關而行。其由國家原有之行政機關，如國民政府，行政院，及其直接間接所屬之機關而行者，謂之國家直接行政。非由國家原有之機關行使，乃委託他團體或個人而行者，謂之委任行政。所謂國家行政，即合此兩者而言。

（二）自治行政

自治團體，依國家法律之授權，為達其目的所行之一切作用，謂之自治行政。現行法上之自治團體，有地方團體及公共合作兩種。關於自治團體之本質，容待於後論之。

第二節 行政法

第一款 行政法之觀念

2

行政法 (Verwaltungsrecht, droit administratif, administrative law) 者，乃規律行政權之組織及其作用之法也，析述之如左：

(一) 行政法公法也。

羅馬法系之法學觀念中，向依法之性質，設有公法與私法之區別，而實際法制中，亦於此前提之下，而略有此二類法規存在。但其區別標準，學說頗不一致，或以一為權力關係之法，一為對等關係之法；或以一為保護公益之法，一為保護私益之法。然公法與私法之間，決非此等標準所可區別。公法關係中之對等關係，正有逐漸增加之勢，而私法中保護公益之規定，自昔固已存在。要之，公私法與公私生活相對應，公生活即國家及自治團體之生活，私生活即個人及私團體之生活。以公法為公生活之法，私法為私生活之法，實為至當。申言之，所謂公法，即規律國家，自治團體及其構成分子生活之法，私法即規律個人或私團體生活之法也。行政法為法律行政權主體之國家及自治團體之組織及其作用之法，故亦為公法一種。

然公法與私法之區別，實際上是否判然存在，殊屬疑問。如自治團體中之公共合作，其所有之特權甚少，幾不能與私法人相區別。而私法立足於公法之上，其基本法則，概為公法所規定，輒近因社會立法之發達，且有公法化之傾向。故公私法之區別，實際上本不明白，今後因社會情形之變遷，或者竟以變更乃至消滅，亦未可知。惟現時一般法制，猶未脫此窠臼，在理論上，仍不妨設此區別耳（註七）。

公法與私法之性質與原理，亦非有絕對之差別。現代法治國中，國家與人民間之關係與專制時代不同，非單純之權力服從關係，乃為法規所規律之權利義務關係。於此性質上，實與私人相互間之法律關係無異。以是公法上之原理與私法上之原理，相類似者頗多；而公法學中之種種觀念，得與私法學共通者，亦復不少。故在行政法學之研究中，亦不可偏重於公私法之區別。須知公法於某限度，須受與私法共通之原理支配；於某限度，則受與私法不同之原理支配也。

(二) 行政法，關於行政權之法也。

行政法為公法一種，乃關於行政權之組織及其作用之法，以行政權為其中心觀念。在此點上，行政法一面可與憲法相區別，他面可與立法司法等法相區別。

國內公法，自國家全般觀察，有規律國家全體組織及其作用之根本法，是為憲法。自各種權力觀察，則有規律行政權之組織及其作用之行政法（註八），規律立法權司法權之組織及其作用之立法法與司法法，及規律考試權監察權之考試法與監察法。

先以行政法與憲法相較而論，憲法為有關國家組織及其作用之根本法，以國家為中心觀念（註九）。而行政法為有關行政權之組織及其作用之法，以行政權為中心觀念，行政權之作用，為國家統治權作用一種，兩者非屬平等對立。故行政法與憲法，亦非互相並峙，而前者成立於後者基礎之上，即後者為國家全般之根本法則，前者為

關於行政權之細別法則(註一〇)。次之，以行政法與立法司法等法相較，立法司法等法，為有關立法司法等權之組織及其作用之法，以立法司法等權為中心觀念，與以行政權為中心觀念之行政法，各異其趣。

(三)行政法，包含行政組織法與實質的行政法兩部(註一一)

行政組織法，所以規定行政權應由何等機關行使，其中定有國家機關或自治團體之設置，組織，及權限等各項。因之行政組織，亦可別為國家行政組織與自治組織二者。但國家行政組織，有廣狹不同之意義，自廣義言，則行政首長，亦得包括在內，然關於行政首長問題，屬於憲法學中研究；行政法學中所謂國家行政組織，通常僅指行政首長之下，分任行政事務之各種機關而已。

實質的行政法，為有關行政作用之法，易言之，即有關公務施行之法也。國家及自治團體，一面雖為行政權主體，而同時於目的範圍內，有施行其事務之義務。其權利義務，概為法律所規定，行政主體，僅能於法規之範圍內而活動。實質的行政法，即規律其活動之法也。至於行政權主體與其客體間之關係，為行政法關係(Verwaltungsrechtliche Verhältnisse)，或即稱公法關係。公法關係雖與私法關係，多少異其性質，殊其原理，而同為法律所規律之關係，已如前述。實質的行政法，為行政法中最主要部分，如警察法規，租稅法規，及其他有關行政作用之法規皆屬之。

第二款 行政法之法源

行政法規，不論何國，均非如民刑等法，有包括統一之法典（註一二）。通常祇就含有行政法性質之無數法規，抉別彙類，總稱爲行政法而已。故行政法規，以種種形式存在。欲知其存在形式若何，卽爲法源（Rechtsquelle）問題。行政法之法源，與其他國法同，可別爲成文法，習慣法及理法三種。

第一 成文法

由國家或自治團體以文書制定者，爲成文法或制定法。成文法中得爲現行行政法之法源者，計有約法，法律，命令，條約及自治法規等各種。

（一）約法

訓政時期約法，爲二十年五月召集之國民會議所制定，其有臨時憲法性質，甚爲明顯。然其規定，除爲實質上之憲法法源外，同時含有關涉行政之法規。如關於行政機關之組織，權限，以及人民自由權利之規定，乃與行政組織及其作用，極有關係之法規。故約法於某限度，亦得爲行政法之法源。至將來有正式憲法頒布，則憲法中此類規定，爲彼時行政法之基本法則，固不待贅。

（二）法律及命令

（甲）國民革命前之法令

所謂法令，卽指形式上之法律與命令（規章）而言。民元以來，法律由國會制定，大總統公布。命令逕由大總

統發布，或由大總統委任各級行政官署發布之，計分教令，國務院令，部令，省令，道令，縣令，及警察廳令等。此等法令，至國民革命後，當然不能繼續有效。惟國民政府成立之初，一應法令，待用孔急，在未制新者頒行以前，凡以前施行之各種法令，不問立法程序，命令形式，以及名稱如何，止要視有行政法之性質者，除與國民黨綱主義，或國民政府法令抵觸各條外，一律暫准援用（民國十六年八月十二日國民政府暫准援用從前施行之各種實體法訴訟法及其他一切法令令）。

（乙）國民革命後之法令

國民政府所發布之法令，於行政有關者，當然為其後最主要之行政法法源。茲之法令，亦即法律與命令。依立法院整理現行法規之標準規定，所謂法律，以次之三類屬之：（1）十七年三月一日立法程序公布前，經大元帥府（十二年二月二十一日起）或國民政府公布，涉及國家各機關之組織，或人民權利義務之關係者；（2）十七年三月一日立法程序公布後，至十七年十二月五日立法院成立止，經中央政治會議議決，由國民政府以法之名義公布者；（3）立法院成立以後，由立法院以法之名義議決，經國民政府公布者（參照立法程序及法規制定標準法）。至於命令，或逕由國民政府發布，或由各級行政官署發布之，計有國民政府令，行政院令，各部會令，省令，市令，縣令，首都警察廳令，省會公安局令等。命令不得與法律抵觸，否則無效。同屬命令，依所發之機關而異其效力，凡下級機關所發者，不得與上級所發者相抵觸。

(三) 條約

國際條約，凡其內容有關本國人民，或國內條約國人民之權利義務者，既經公布，亦有國內法之效力。而條約中定有行政法之性質者，直接得為行政法之法源。

蓋國際條約，雖係成立於國際間之雙方行為，而其內容不特拘束國家，亦且拘束國內人民。其中固亦有如非戰公約等，性質上僅能拘束國家，於人民直接無何關係者。而如通商航海等條約等，直接定有國內人民之權利義務，人民亦須受其拘束。此等條約，既為法律上有效之國家意思，即不另具法令形式，亦本有國內法之效力。惟條約雖已成立於國際之間，且經立法機關之同意，猶未發生效力。蓋法規必須經過公布，始能實現其拘束力，是為近世國法上既經確定之原則。故條約亦與法令同，須公布實施國內以後，始得拘束國內人民。

既經公布施行之條約，於行政有關者，亦得為行政法之法源。如關稅條約，通商條約，工業所有權條約，及萬國郵政電報條約等，即其主要者也。條約在法之秩序中，本與法律同其地位，但法律不能變更條約，條約則能變更法律。

(四) 自治法規

成文法規，除由國家制定外，地方自治團體亦得制定之。蓋地方自治團體依法律賦有自治立法權 (Autonomie)，於自治權 (Selbstverwaltungsrecht) 之範圍內，得制定施行於其地域內之法規。如依現行縣組織法規定，

鄉鎮所得制定之自治公約，即其顯例（縣組織法第九條）惟自治權為國家所授與，自治立法，只能於國家法令之下有效，不得與之抵觸。

第二 習慣法

非出於國家或自治團體制定，僅以事實上之習慣，而得有法之效力者，為習慣法。現代國家，因成文法發達之結果，法規之大部分，以制定法而存在。然法終非單為國家或團體之命令，法之成立，不僅以出於國家或團體之意，思者為限。此不特昔時之法律狀態如是，即今日亦然。惟所謂習慣，又不以通行於人民之間者為限。他如行政習慣，審判判例，亦屬其內，不問何者，均因事實上長久慣行，而得有法之效力，故得概稱為習慣法。

（一）行政習慣法

行政機關所為實際事務之處理，以先例而尊重之，而得有法之效力者，為行政習慣法，亦稱行政先例法。行政習慣之得為法之根據，與審判上之判例同。蓋行政與司法，同為法規下所行之作用，關於法規之解釋適用，兩者初無異致。惟行政法之區域，其適用法規，不在審判，而首在於行政事務之執行。故行政機關之內部及外部習慣，較諸判例，尤有重大價值。

（二）法院判例法

法院判例，因多回重複，得法之認識，而有法之效力者，為判例法。法院於本質上僅能適用法律，不能制定法規，

其判例僅能拘束各該事件，不有其他效力。然實際上對於既經確定之判決，苟無特別之反對理由，則該法院或其他法院，嗣後對於同樣事件，通常必為同樣之判決。長此以行，其判例乃生法之效力於社會之間，而人民亦於同樣事件必為同樣判決之豫期下，而各自約束其行動。如此其判例，縱無法律上之拘束力，而事實上之拘束力，固已存在。故法院判例，因反復援用之結果，亦得有法之效力也。

司法法院之判例，例外亦得為行政法之法源。蓋實質上屬於行政之事件，形式上有以民事訴訟而處理之。又於民刑訴訟中，法院於某限度，有決定先決問題（*Incedenter, Vorfrage*）之權。對於行政事項，有時亦得自行先決定之。（民訴第一七八條。）如在官吏損害賠償事件，民事法官得獨立決定其官吏之違反職務與否。於此場合，其先決問題之決定，僅為判定主要問題之理由，以無何等之確定力為原則，而其決定則不免有事實上之拘束力，因而於某限度，亦得為行政法之法源。

惟行政法院與普通法院分離設立之國家，屬於行政法上之訴訟事件，原則屬於行政法院審判。我國近於司法院內，設有獨立之行政法院，則於行政法之範圍，其判例法之數量，將來勢必增大。

（三）民間習慣法

民間相沿成習之事實，因發生社會之確信心，而得有法之效力者，為民間習慣法。民間習慣法之得為法之根據，即因事實上之習慣，通行悠久之結果。此種習慣法，通常多為民商法之法源。而於行政法之領域，各地方民間多年

慣行之事實，而得有法之效力者，亦頗不少。其關於人民之義務者，如維持管理公路公水之義務是。其關於人民之權利者，如占用公共河川之水力，因多年不受國家禁止，而取得之公物占用權是。惟現今法律狀態，習慣法僅得爲制定法之補充，而不有變更制定法之效力（註一三）。

第三 理法

非爲立法者所制定，亦不因事實上之習慣而成立，乃出於人類之推理心，而得有法之效力者，爲理法或條理。如人類之正義意識，事物之自然條理，社會生活之必需條件，及立國之主義原則等，凡國法上不得不承認之思想，猶之既成事實，有支配人心之力，亦得支配社會人心。故於成文法及習慣法外，理法亦得獨立爲國法之法源。若成文法不完備，而習慣法上又無一定之事項，其法爲何？須賴理法以爲補充。尤其行政法無統一包括之法典，祇因隨時需要，就各事項而制定法令。其貫通全部之總則規定，成文法至不完備，多待理法以補充之。

第三節 行政法學

第一款 行政法學之觀念

行政法學 (Verwaltungsrechtslehr, Science du droit administratif, Science of administrative law) 者，以行政法之原理，爲研究對象之科學也。

(一) 行政法學，以行政法之原理，為研究之對象。

行政法學，以行政法為研究之對象。關於行政法之研究，學界向有二大傾向：其一，抄襲成法，略加整理，為其研究使命之全部者，是為成法主義。其二，以現行法令為基礎，以概括之理論，而說明其法理，其體裁似與成法無何關係者，是為「攀達登(Pandekten)」主義。於現代行政法學之發達程度，除阿督梅也等學者外，屬於後者，尙在少數。但祇抄摘現行法令，編集自然成立之觀念與判斷，即為已盡研究之能事，未免有悖科學之本旨。吾人應取之態度，雖不能離現行法甚遠，過事分析，純理結構，而自講學的見地言之，終須將成法為理論之說明，使行政法學構成為研究行政法原理之科學也。

(二) 行政法學，分總論與各論二部。

行政法之研究，初期只依各種行政作用，分別各種法規，而論述各該範圍之法理。其分類既非出於法律上之方法，而歸類尤嫌困難，其法至不完善。學者乃覺有另設總論(Allgemeine Teil)之必要(註一四)，於是將行政法學，分為二大部分，以研究行政法全體共通之法理者，為行政法總論，研究行政法各特殊區域之法理者，為行政法各論(Besondere Teil)。行政法總論中所應論述事項，約為如左各種：

(甲) 基本法則

(乙) 行政組織

(丙) 行政作用

(丁) 行政救濟

(戊) 自治行政

行政法各論之研究範圍甚廣，在行政法規發達之國家，即就各個重要法令，亦可設為獨立一科研究。故其研究材料之多，遠非他種法學可比。惟其多數法令，得依法律上性質，別為幾個區域，就各區域之法規，探究其原理而說明之。其區域可分為五：

(甲) 警察

(乙) 保育

(丙) 法政

(丁) 軍政

(戊) 財政

第二款 行政法學與行政學

行政法學之成為獨立科學，尚無悠久之歷史，英美等國，固無論矣，即研究比較發達之大陸諸國，亦僅數十寒暑。歐洲大陸諸國中，法國有裴退露迷，呵柳 (Haurion) 等學者，自始即將行政法學，組織為比較純正之法律學。德

國則初無行政法學自身獨立之科學，其科學乃從他種學問脫胎而來。其間經過歷史，頗有注意價值，茲為特筆述之。

在德國為行政法學之先驅科學，一面為警察國 (Polizeistaat) 時代之警察學 (Polzeiwissenschaft) 或官房學 (Kameralistik)。他面為舊時帝國時代及聯邦時代之國法學。當時之所謂警察學或官房學，僅為支配技術之研究，以對將來為官吏者，授以內務上財務上之必要智識，為主要目的。蓋在警察國時代，除出於支配者大權作用之無數命令或訓令外，尚無真正之行政法存在，而與現代行政法相當之部分，猶未歸入法律學之領域。故當時關於行政問題之研究，乃偏重於技術與政策。其學問與其說明法規原理，毋寧以利害得失而考究治術問題；與其謂為行政法學，毋寧為行政學 (Verwaltungslehre, Science de l'administration, science of administration)。

自十九世紀由警察國而入於法治國 (Rechtsstaat) 時代，行政上始有法律之規定，而於學問之研究中，亦始有其新對象產生。如是已有發達可能之行政法學，初期乃表現為德意志各分支國之國法學，如莫爾 (Mohl) 之丁堡國法學，即其最著者也。其次以格奈斯脫 (Gneist) 之英國行政法，及斯泰因之行政學 (註一五)，堪稱當時之傑作。尤以斯泰因之行政學，對行政法學，開闢一新紀元。然此著作，因產生於警察國時代與法治國時代之分歧點上，其內容既非純粹之行政學，亦非純粹之行政法學，實兩相混合而未分化。終以時代推移關係，其初意欲從哲學上構

成之行政理論，非發達爲行政學，而蜕化爲行政法學，卽其所建立行政學之巨大殿堂，頽廢之後，於同一基礎之上，落成行政法學之新建築矣。蓋德國自一八七一年帝國成立以降，關於行政組織之制定法，類見陸續發布。從此學者忙煞於法文之註釋，不暇研究行政技術。而行政學中歷史的政治學的分，乃爲法律學奪去其地位。至一八八〇年時代，德國行政法學之發達，既甚顯著，遂以成爲獨立之學問。厥後輸入日本，更爲美濃部教授所大成。

至英國向爲一法之國，不問公私法之關係，概受普通法（Common Law）支配，其國民自由財產之受行政侵害，亦歸司法法院審判之。又不特英國爲然，其他如美國等英法系國家，亦大都如是。故英美人之觀念中，素無所謂行政法（droit administratif, Verwaltungsrecht）存在。輒近名法學家，如戴雪（Dicey）者，初年亦極言英國無行政法。然英美等國，雖形式上無公私法之區別，而實質上與他國行政法相當部分，固已存在無疑。故自大陸諸國行政法學發達以後，間亦有以比較方法研究之者。蒞乎最近，因行政機關兼理行政審判之增加，與特種行政審判機關之添設，更有促進其研究之可能。而關於行政法之專著，遂見漸次發達，有使其獨特之行政法學，確立而不可搖動之勢焉。但其歷史甚短，誠不過屬於最近之事耳（註一六）。

英美二國，因行政法學之體系，向不完備之故，其行政學之研究，未爲行政法學之方法與對象所牽混，而得以政治學之延長而發展。反之，大陸法系諸國，隨法治主義之實現，其行政法學，雖已發達隆盛，而行政學之研究，一時乃致衰頹不振。惟近時學界，一面因法學之純化，他面因實業經營學之刺激，對於國家或自治團體之行政，亦漸有

離開法學見地，研究其制度之運用及其社會的效果矣。故自茲以往，行政學與行政法學，將有分道揚鑣，並駕齊驅之勢。但行政法學與行政學，究有區別，行政法學以行政法為研究對象，所以說明法律原理，而屬於法律學之範圍。行政學則以社會事實為研究對象，所以說明支配行政之因果法則，而屬於政治學之範圍。兩者既各異其研究對象與所屬統系，在講學上自應釐然區別之。

(註一)實質上之行政，學者大都僅下以消極的定義。蓋以行政作用，與立法司法不同，門類繁多，內容複雜，不易簡括說明，亦以其他各種作用，沿革上，乃由廣義之行政中，分離獨立也。近世公法學者耶里內克(Jellinek)之定義曰：「行政者，包含立法司法以外之一切國家作用也。」拉龐德(Laband)曰：「行政，國家之活動也。制定法規或宣判法規之場合，不得稱為行政。」該阿爾格姆也(G. Meyer)曰：「行政者，對於實在事件，為謀國家利益，所行之作用也。其非發布一般法則，而為處理實在事件，可與立法區別，不以法規之維持為目的，而以增進利益為目的，可與司法區別。」薩爾衛(Sarwey)曰：「行政者，乃於立法司法之外，為實現公益，所繼續而行之作用也。」其他學者所下類似定義，不遑枚舉，要皆大同小異，間或參以積極的分子而已。(按 Verwaltung 或 adiministration 一語，本有為達一定目的，管理種種事務之意。)公法學者中，對行政下以積極之定義者，以凱爾生(Kelsen)一派，為最著名。意謂行政不過為憲法之間接執行一種，而以其執行機關，有指揮系統之構成，為特徵。但其所謂憲法之間接執行，根據似嫌虛懸，吾人未敢苟同。

(註二)公務觀念，首為法國學者所闡明。鑒於晚近社會變遷之結果，且有以為公法或行政法之中心觀念(Duguit, Manuel de droit Constitutionnel, 3e éd., p. 71 et suiv. 1; Les transformations du droit public chap. II; Jéze, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd. p. 1)但其語義素欠明確，未能視為定論。蓋 service public 一語，至少含有三種廣狹不同之意義。法國學界通說，寧以公務為達公共目的所為之非權力的設施，自手段上言之，殆與公企業或營造物行政，即德語之 oeffentliche Anstalt 相當。於此意義，在行政法學中，其觀念與警察行政相對待。其次，用為幾與行政相同之意義，即指行政事項(matières

administrative) 而言。最近有少數學者，鑒於公企業之發達與社會倚存 (Interdependance Sociale) 之關係，乃以公務為依社會運帶原則所施行之一切國家事務。但於此觀念中，國家所行之一切公共事務，皆得包括在內，固不僅行政事務一種已耳。

(註三) 行政法學中，通常專論形式意義之行政，本書原則亦然。

(註四) 美濃部達吉著，行政法撮要，上卷，第一章第一節。

(註五) 關於行政作用之實質的分類，學者恆先區為內政、外政、財政、軍政各種，然後將內容包括極廣之內務行政，更依其目的，分為保持公共秩序之警察行政，與增進人民福利之助長行政。如此分類方法，於德國學者間，幾已成爲公定方式。如該阿格梅也，拉龍德，劉寧 (Loening) 柴德爾 (Seidel)，胥爾采 (Schulze) 等，咸遵循之。日本學者，如穗積，織田，市村，副島等，亦皆採此傳統方法。但彼輩普通所採取之分類法，乃政治學或國家學上之方法，並非法律學上之方法，至少乃與法律學無關涉之觀察法耳。法國學者裴退露迭 (Berthelony) 等，自始已依其法律上性質分類。德國學者至阿督梅也 (Otto Mayer)，因受裴氏等之影響，始將從來之分類方法，加以修正，即依法律上性質而區分。日本學界中採此方法者，以美濃部達吉爲最著。依法律上性質分類，則曩時所稱之內務行政或內政，約可分爲警察、保育及法政三種。

(註六) 國家行政，又稱官治行政 (obligatorische Verwaltung)，以與自治行政相對待。但官治行政與自治行政，首依行政吏員選任制度不同而區別。即以具有一定資格，原則上不定在職期限，而爲政府任命之官吏所行者，謂之官治行政；以具相當資格要件，原則上附以短期期限，而爲人民選出之吏員所行者，謂之自治行政。但此種分類，於我國訓政時期中，大抵尙可適用，而至官吏民選時期，則將失其價值矣。

(註七) 分法爲公法與私法之思想，發端於羅馬法學。降至中世，因羅馬法學之復興，蔓延於歐洲大陸諸國，洎乎現代，乃傳入於我國。未受羅馬法學影響之國家，如英美法，繼受羅馬法以前之日爾曼法，及我國之固有法中，皆不見其有區別痕迹。蓋其區別不外出於羅馬法學者之分析技能，亦以實際上無截然之限界，在理論上無強爲區別之必要也。

公私法之區別，事實上既非判然存在，而學理上亦嫌缺少價值。以是近今學者，乃有出而否認之者（Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems Archiv f. oeff. R. Bd. 26; Hans Kelsen, Zur Lehre von oeffentlichen Rechtsgesehafft, Archiv Bd. 31）。然他面因公法審判之獨立與發達，為分別其管轄計，實際上殊有其區別之必要。如英國向為普通法一法之國，理論上亦素無公私法之區別，而最近因公法審判之發達，學者中亦有自實質上以求其區別矣。

（註八）憲法等法與行政法不同，有形式上與實質上之兩意義。形式上之憲法，即指以文書規定之憲法法典而言。而行政法以無數法令存在，各國皆未有統一包括之法典，因無所謂形式上之意義。

（註九）憲法以國家為中心觀念，故亦稱為國家法或國法（Staatsrecht）。但國法之意義甚雜，在廣義上，與國內法相當。其次，指公法之一部，包含憲法與行政法。及最近行政法由國法中分歧獨立，始與憲法同其意義。

（註一〇）憲法與行政法之分際，頗不明白。學者有自理論上說明，以憲法為規律國家統治組織之法，行政法為規律其作用之法。然組織與作用兩者相待而成，非可各各分離。故謂憲法為國家全般之根本法，行政法為關於行政權之細別法則，雖屬尋常見解，卻甚淺顯明白。

（註一一）行政法又得分行政實體法與行政程序法二部。曩時學說，多指有關行政爭訟程序之法，為程序法。因之遂以行政法中，僅訴願法及行政訴訟法等，為程序法，其他皆實體法。然所謂程序，嚴格的言之，乃指為達一定目的，所為多數法律的行為或事實的動作之連續而言。故程序法，於行政法各部門中，均含有之，固不僅以行政爭訟法一部為限。

（註一二）查各國發行之行政法令集刊中，僅法國有所謂行政法典（Code administratif），但亦不過彙集大革命前後之行政法令，依年代編纂而成。與普通民法典自始計劃，以有統一之整個法典編纂而成者，異其性質。

我國自唐代六典以降，獨有編纂行政法典之舉，明清兩朝，沿承其例，亦編有所謂會典。然編纂後歷時未久，其內容之大部分，即與實際情形不符，隨須以命令或判決，以補充或變更之。因於會典之外，更須定期編輯會典事例。我國舊有行政法典，其編纂方式，與現代各國之所謂法典，大異其趣，自無待論。然行政法典，不易整個編成，於此亦可見矣。

(註一三)行政法院判字第二一號判決。

(註一四)提倡設立行政法總論者，以奧國法學家烏爾拔利希(Ulbrich, Oeff, Rechte, S. 71)及塔那樓克(Bernatzik Rechtskraft, Vorrede, S. 12)等為最著名。

(註一五) Stein. Die Verwaltungslehre, 1865-68.)

(註一六) Freund, Historical survey (The Growth of American administrative Law pp. 9-14)

第二章 行政法之基本法則

第一節 法治行政主義

第一款 概說

凡立憲統治國家，必以法治主義爲根本原則之一。法治主義，除制限人民自由，規律人民權利義務之事項，爲立法權所保留外，其餘一切統治作用，概於法規之下行之。故不特司法等權，須受法規拘束，即行政權亦須受其羈絆。然考各國成例，司法法之發達，恆早於行政法；先有依法審判，而後始有依法行政（*Gesetzmaessige Verwaltung*）。此不特歐西大陸諸國爲然，即近今我國，亦有同一傾向。

歐西各國法治行政（註一）之演進，可分三大時代以說明之：一封建時代，二警察國時代，三法治國時代。封建時代，國家行政，極爲簡單，以外交、軍政及財政，爲行政事務之總體。至於內務行政，雖非全不存在，而其範圍極狹，如增進人民福利之文化行政，幾未爲國家事業而經營。在此時期，關於個人相互間之關係，雖已繼受羅馬法中之私法秩序，而國家與人民間之關係，猶未能因襲羅馬法中之國家全能思想。試舉德國之例而言，當時德國與人民構

成關係者，非爲國家自身，厥爲各地領主(Landesherr)。領主既分皇帝之權力，復科人民以種種負擔，乃漸次取得各種特權。其各個特權，名曰高權(Hohenrecht)。領主高權之範圍，依當時之思想，得及於公共之必要事項。祇以一面須受帝國法院之監督，人民對於領主，得爲訴訟或控訴；他面則受人民既得權(Jus quaesitum wohlerworbene Rechte droit acquis)之對抗，不得侵害人民「以正當權原而取得之權利」而已。然有此種保障之人民權利，及法律秩序，旋即爲領主所破壞，除對葛爾么小之領主外，幾已失其存在效果。故於此時代，實無行政法之存在，卽有之，亦不過全從民法思想，蟬蛻而來之幾種規律已耳。

封建制度崩壞以後，其次發現者，爲警察國時代。至此時代，集權思想，逐漸發達。向爲領主所有之權力，寢假集中於國家，融合而成國家之權力。其時國家之公的權力，由君主自身或其所屬官吏行使，除對司法方面外，可謂爲絕對無限(註二)。故當時存於國家與人民間之公法，以關係民刑訴訟之司法法，爲最主要。如法院獨立之原則，於此已漸得有力。而行政方面之法律秩序，則大異其趣。當時國家既已集中權力，適以傳自法國之警察權(Jus Politiae, La Police)思想，作理論上之根據，以爲「確立國家制度之良好狀態(Die Herstellung des "guten Zustandes des Staatswesens")」，得對人民發必要之處分命令。而其處分命令之必要與否，及應取若何手段，得以便宜裁斷(Konvenienz)而決定之。在此時代，固亦有多數命令或規則，以拘束行政，然僅爲服務命令，而無規章性質。其命令雖得拘束官吏，與人民並無直接關係，須經官吏執行，始能發生效果。是故當此時代，關於民刑訴訟，雖有司

法法之存在，而行政方面，對於人民拘束官署之秩序，實未成立。人民之自由財產，除對國庫（註三）得以私法上之人格者爲訴訟外，幾無他種確實保障方法。

警察國時代，國家因有強大權力，對於人民生活，干涉無所不至，結果流於絕對專制，不能達到國家生活目的，自此乃產生所謂法治國時代矣。如上所述，在警察國時代，司法秩序，雖已相當確立，而行政則尚未受乎法之拘束，得以絕對權力，侵害人民權利自由。此種專制行政，畢竟發生反對運動。當時朝野人士，提倡行政亦須受法拘束。其經過情況，尤以法國爲最顯著。彼時法國之最高法院（Parlement），對於官吏違法行爲，職權上得爲損害賠償或刑罰之宣告，而國王則常袒護官吏，妨礙其判決之執行。於是法院與國王之間，不絕有權力上之爭執。終以法院主張，較國王及行政官爲正當。當時一般國民輿論，不期然而成同情於法院。以爲其間衝突，由於法院秉公執法，而行政獨逍遙法外所致。欲謀解決，則唯一方法，須使行政，亦與法院同樣服從法律。除此實際上之要求外，尚有學理上之鼓吹。如贊成盧梭之民約說者，謂人民最高權力之行使，即在法律之制定。其所制定之法律，不特拘束法官，抑且拘束行政官吏及國家元首。以故此等機關，亦應依共同意思之指示（*Selon la direction de la volonté générale*），而行使一切作用。同時，討論權力分立說者，以爲制定法規以外唯一之真正權力，爲法律上之執行權。執行權更別爲司法與行政而行動。司法既已依法執行，行政亦當模範司法而行。卒因學理上之鼓吹，與實際運動之結果，國王與法院之爭，乃歸勝利於法院。自是縱不能使行政於外形上服從司法，而實質上則已服從司法所有

之思想。法院之判決，爲法律所拘束，而判決之執行，又爲判決所拘束，將此拘束之方式，適用於行政事務之執行（註四），即當時法國新行政法所有之根本思想也。他如德國亦與法國取同一步調，以提倡學說與立法之手段，使行政亦服從於法律，而力求法治主義之實現焉。

法治主義之發展過程，大略已如右述。然欲求法治主義之完全實現，不單以思想上之克服爲畢事，而尤有待於各種制度之完成。

欲期法治主義之實現，第一，須有憲法之保障。蓋縱使行政應受法律拘束之原則，爲一般所承認。若其法律仍可由行政首長或官吏，自由制定變更，則法律拘束行政，仍不能達其目的。欲使法律拘束行政之原則，發生實效，首宜在憲法上，限制行政機關之立法權，使限制人民自由，規律人民權利義務之事項，概爲立法權所保留。故各國成文憲法，咸以人民自由財產之限制，屬於立法事項。憲法上所設此種規定，其用意一面固亦在限制立法權，使不致爲法律所移動，而他面尤在限制司法與行政，使政府或官署對於人民自由權利之侵害，須遵法律之規定，不得以獨斷之命令或處分出之。

然僅有憲法之保障，猶未足以稱完全之法治國。蓋法治國與憲法國，非完全同一之觀念，前者當有比後者更進一步之制度。即法治國中，尙須「憲法內部之完成」，以最適當之成語言之，須「將國家行動之章程及界限，以及人民自由之範圍，皆以法規精密規定並制限之」（註五），務使國家行政，皆有法規可據，對於人民權利自由之

限制，受法規之拘束。如是其法規愈完備，法治精神，亦愈臻於美善之境。故法治國家尚應多制法律，或以命令多制法規，以拘束行政。

法治國家，又不僅以有多數行政法規之存在，爲已滿足。因徒有法規之制定，猶未能保證行政官署之不任意違法也。於官署違反法規，侵害人民自由財產之場合，更非有適當之救濟方法不可。惟行政上之違法行爲，殊不能專賴同種類之行政官署，即可得到適當之救濟。因行政機關與司法機關不同，非有獨立不偏之地位也。故欲維持行政法規，必須如通常之司法制度，設定訴訟方法，以審判行政事件。關於行政訴訟之制度，學界曾有種種學說，或者主張行政上權利侵害之審判，即併於普通之民事法院行之；或者主張於普通法院之外，另設分離獨立之審判機關，使精通行政法規或具有行政經驗者，專司其事。現今多數國家，概設有獨立之行政審判機關，以掌行政訴訟。我國現制，則於司法院中，設有行政法院，雖同隸屬於司法權系統之下，而仍採取與普通法院分離獨立之原則。總之，設有維持行政法規之方法，始得保其正當之適用。而行政具有此種司法之形體（Justizfaermlichkeit der Verwaltung），法治制度，始得以告完成（註六）。

此法治主義之思想，以尊重個人之權利自由爲生命，本爲十九世紀文明之產物，在今日社會國或文化國（Kulturstaat）時代，以謀社會全體之利益爲前提，關於個人主義之思想，已生重大之變革。第一，現代國家，其使命已不專在個人權利自由之保護，及權力行爲之限制，而以開發社會文化，增進人民福利，爲最重要之任務。其次，

現代國家爲顧全社會利益之計，對於個人之權利，已加以若干之限制，非復如舊時之自然法說，視個人權利爲絕對不可侵矣。惟在今日，凡國家行爲，應受法規拘束，個人權利，仍須尊重之一點，依然保持同一之方針。故個人主義之思想，雖應加以修正，而法治主義，固與現代精神不相背戾也（註七）。

第二款 行政權之界限

在昔專制時代，行政權之發動，幾不受乎法規拘束，只須事實可能，得以任意出之。而在法治時代，其權力常受法之拘束，非與法規符合，不得行使。是行政權應受法之拘束，實爲法治主義發達之結果，而亦爲法治主義之中心思想。蓋國家應受法之拘束，雖不以行政權之發動爲限，而如右所述，就中乃對行政權之行使而言也。

行政權應受法之拘束，亦稱依法行政。但非謂行政行爲之一切動機，概須本於法規。法規固得爲行政行爲之動機，而行政作用，有時亦出於政治經濟之考慮。故所謂依法行政者，乃於法規之下而行，或於法規範圍內而活動也。今日法治國中，行政權須於法規之範圍內而活動，因之不能不有一定之界限。

原法治主義成立之基礎，有二大根本思想：其一，對於一切人格者，須以同一標準而處理。「法律之前，萬人平等」是爲法律平等之思想。其二，對於人民權利自由之限制，須有法律之根據。非依法律，不得任意侵害，是爲依法限制之思想。法治主義，既成立於此二大思想之上，行政權所有之界限，亦可本此以種種原則而表示之（註八）。

（一）行政權之作用，不得與法規相抵觸。

法規一面規定人民之權利義務，同時又規定國家之權利義務，有拘束國家與人民雙方之效力。故行政權之行使，必須遵守法規，不得任意違反。所謂法規，係指法令、條約及習慣法等，存於各種形式者而言，已如前述。惟命令不以上級機關所發者為限，即本機關所發之命令，亦不得以行政處分、任意抵觸。若認前此所發之命令為不妥，則須以正當程序變更之，否則非為法律所許。

(二)非有法規根據，不得侵害人民權利，或使人民負擔義務。

以行政作用侵害人民權利，或使人民負擔義務，必須有法規之根據。蓋在法治國家，人民對於國家所有之權利義務，概由國法所規定。除國法所認許外，即以國家之權力，亦不得輕易變更之。如約法中所設關於人民權利義務之規定（訓政時期約法第二章），即所以表示此原則也。惟約法規定，未能列舉無遺，不過例示其特別顯著者數種而已。推約法本意，原欲保障人民自由財產之一般的安全，非依法律不得侵害。故行政機關，除權限上所有之立法作用外，必須有法律或至少有命令及習慣法之根據，始得制限人民之自由財產，或使負擔其他義務。

以行政行為，為人民設定權利或免除義務之後，依同一原則，行政權自身亦須受其拘束，非有法規根據，不得任意撤消之。蓋既經設定權利或免除義務，復為任意撤消，亦不外侵害人民之權利或命以新之義務也。

(三)非有法規根據，不得為特定人設定權利，或為特定人免除法規所科之義務。

法規既有拘束國家人民雙方之效力，則行政機關，必須嚴正遵守，除法規上有特別根據外，不得拋棄其部分

之執行。故第一，行政機關，非有法規根據，不得爲特定人設定特權。良以各人之權利，唯爲法規所認許，始得享有，而法規應對萬人平等適用，即以行政機關之自由判斷，亦不得爲例外之設定。若非有法規根據，對特定人賦以超過一般限度之權利，則爲違法之行爲。其次，非有法規根據，亦不得對特定人免除法規所命之義務。因法規使一般人民所負之義務，行政機關，必須命其履行。若拋棄其履行之請求，卽不啻拒絕法規之執行。故非有法規根據，而對特定人免除義務，亦屬違法。

依同一理由，非有法規根據，對特定人命以與一般人不同之義務，亦爲法所不許。

(四)法規任行政權以自由判斷之場合，其判斷亦須合於法規。

行政權之一切作用，須受法規拘束，已如前述。如法規有詳密規定，則僅須依法執行，不必再加自由判斷。惟法規規定，決難將行政作用之一切準則，纖悉具備，無所遺漏。而在諸多場合，於某範圍內，任行政機關以自由判斷，臨時取決，自認以爲適當之處置（裁量行政）。

然法規卽任行政機關以自由判斷之場合，其所得自由活動之範圍，亦非漫無限制。若超出法規所有一定之界限，則爲違法之行爲。關於此，尙待區別羈束裁量與自由裁量而分述之。

第三款 羈束裁量與自由裁量

(一)羈束裁量

行政機關須受法規拘束而行之一切作用，皆爲羈束行政（gebundenes Verwaltung）。在依法執行場合，常受法規羈束，不有若何判斷自由，其爲羈束行政，固無論矣。然法規即許行政機關自由判斷之場合，亦有羈束行政存在。蓋法規規定，有時外形上似任行政機關自由判斷，而實際上仍有一定之不文法存在，以拘束行政。此時行政機關，須依不文法處理，僅於具體特定場合，何者爲法，有自由認定之權能而已。於此場合，其自由判斷，另稱羈束裁量（Gebundenes Ermessen）或法規裁量（註九）。

就中以行政權之作用，侵害人民權利，或命人民負擔義務之場合，概須受法規之拘束，而爲羈束行政。蓋依國法上原則，人民之自由財產，非有法規根據，不得加以侵害或限制。若成文法之規定不能詳密，則須依不文法，視其有無侵害之必要，以爲決定，若全無正當理由出之，則非法律所容許。故此時其自由認定之範圍，僅爲有無侵害之客觀的必要，及其侵害之程度而已。茲請舉例言之：依約法規定，人民之財產所有權，非因公益上之必要，不得侵害。（約法第十七條及第十八條）故行政機關，欲以處分而侵害之，乃非有公益上之必要，及其侵害之正當理由不可。此不特於所有權爲然，即其他一切權利，亦莫不皆然。又依行政執行法規定，官署爲代執行場合，得向義務人徵收所需之一切費用，而於義務人不肯完納時，得扣押拍賣其財產以充之。但得扣押拍賣之財產，不得以充作一切費用所必要之程度爲限。若超過其程度，如對百圓之費用，而拍賣千圓之財產，則爲科人民以過度之負擔，而爲違法侵害他人之權利矣。他如禁止營業，解散法人，科賦租稅，科處懲罰等等，若法規明文無一定之標準，亦同樣不

得聽諸行政權擅斷，而常受不文法之拘束。

要之，右述各種場合，法規規定，似皆任行政機關之自由判斷，實則尙有不文法存在，以拘束其行爲。此時行政機關，應考察何者爲法規所要求，以爲決斷。若其判斷錯誤，概爲違法行爲。

(二)自由裁量

成文法之規定，既明認行政機關自由判斷，而拘束行政權之不文法，亦不存在，行政機關，於此得以自認爲適當者，而裁斷之。此之自由判斷，即稱自由裁量(Frees Ermessen)或便宜裁量。於此場合，行政機關，不受何等法規拘束，只須考慮何者適乎公益，而以便宜出之(註一〇)。

以行政權爲人民設定權利，或授與利益之場合，原則屬於行政機關自由裁量。蓋人民除成文法有特別規定外，原則上不有要求國家給與權利或利益之權利，而國家亦無非給與不可之義務。故行政機關，爲特定人設定新之權利或法律關係，及授與利益之行爲，皆可由其適宜裁斷，而不受任何法規拘束。例如高等考試及格之人，雖有被任爲高等官之資格，然僅有其資格而已，並無要求任命之權利。職是之故，對於有資格者孰先任命，屬行政權自由裁量，不能以違反官吏志願者希望之理由，而視爲違法。以任命官吏，不外設定新之法律關係之行爲也。又依法律規定，對某種民間事業，得給與補助金之場合，其果給與與否，亦屬自由裁量，即不給與，不能指爲違法。他如公有水面填平之許可，占用或使用河川之許可，以及漁業者權利之許與等，皆爲設定新權利之行爲，對於人民之請求，

無必須予以准許之拘束。

此外，於人民之權利義務，直接不生影響之行為，倘法規無特別制限，亦以屬於行政機關自由裁量為原則。蓋此種行為，不致有毀損人民權利之虞，不妨完全任諸行政機關自由判斷也。如道路公用之開始或廢止，及參議員選舉日期之決定等，雖能發生法律上之重大效果，而不過為指定目的物，或適用法律時日場所之行為，不致直接左右人民之權利義務，亦可屬於自由裁量。

自由裁量，固亦有其不可逾越之界限，而於其界限內，則儘有判斷之自由。即其裁量而有錯誤，僅為公益上之不當，而非對於人民違法（註一）。

第二節 行政上之法律關係

第一款 概說

凡社會與其構成分子間，或各分子相互間之關係，皆為人類社會生活關係。人類社會生活關係中，為法律所規律者，乃為法律關係（*Rechtsverhältnis, rapport de droit, legal relation*）。蓋人類社會之生活關係，未必為法律所規律，而為道德宗教或習慣等規範所規律者，亦頗不鮮。尤其原始社會，為法律所規律者，殆居少數。及因社會進步，法制完備，向為他種規範所支配之生活關係，漸為法律所支配。法律所規律之範圍，因以次第擴大。現代

法治國中，社會生活關係，泰半已爲法律所規律。故其大部分，乃屬法律關係矣。

法律有公法與私法之別，法律關係亦同有公法關係與私法關係之分。一般而言，由公法所規律之生活關係，爲公法關係，由私法所規律之生活關係，爲私法關係。而公法關係中，爲行政法所規律者，爲行政法關係，或稱行政上之法律關係。行政上之法律關係，既爲公法關係一種，則關於一般公法關係之原則，均可共通適用之。

公法爲有關國家或自治團體生活之法。公法關係，從其內面觀察，自以此等統治團體與其所屬人格者間之關係，爲最普通。在昔專制或封建時代，統治團體與所屬人格者間之關係，大率爲事實上之習慣所支配。一方保有幾近無限之統治力，他方處於絕對服從地位。故其間所有關係，僅爲事實上之權力關係，而非法律所規律之關係。現代國家，因法治制度之發達，社會生活，大半爲法律所規律。如國家雖爲統治權主體，對人民得爲命令強制，而人民有服從之義務，但其命令強制，須有法律根據；即其命令服從，非事實上之權力服從，而爲法律所支配之權利義務。故其間所生關係，已爲法律關係，固不待贅。

惟現代國家，以開發文化爲主要目的，其與所屬人格者間之關係，又未必盡爲法律上之權力關係。蓋現代國家，除警察權，財政權等權力，支配人民之外，更自爲大企業家，經業公共事業。及爲其他種種非權力之設施。凡關此等設施事項，國家與人民間之關係，決不能一以權力者與服從者之關係視之。至自治團體，得行使權力之範圍甚狹，其主要任務，不在行使權力，而在各種事業之管理經營。是在此等不以權力行使爲本質之作用中，統治團體

之於人民，幾處並立地位，而與人民構成對等關係。

總之，公法關係，其性質既非事實習慣上之關係，亦非全為權力關係，乃以權利義務為內容之法律關係耳。

第二款 公法關係與私法關係之區別

公法關係，非全為權力關係，而部分的係對等關係，既如右述。其屬權力關係部分，因與私人間之關係，全然異其性質，其為公法關係，所不待論。然屬對等關係之部分，則與私人間之關係相類似，欲與私法關係區別，殊非易事。

自理論上言，吾人固能主張公私法既有區別標準，公私法之關係，自得依其標準判別，使諸種法律關係，依其性質，而各有所歸屬。然在實際之生活現象中，其以單一之法律關係而存在者，殊屬少數。徵諸一般情形，恆以多數之法律關係，錯綜存在，其有多數法律關係錯綜存在之場合，有為公法關係，有為私法關係。故欲觀察某一範圍之生活現象全體，則不能直斷其為公法關係或私法關係之誰屬矣。

例如國家或自治團體之經營公企業，或為公物管理等等，一面以公益為目的，不能與私人之行爲同視；而他面不以權力支配人民，其屬經濟上作用部分，頗與私人間之關係相類似。凡屬此範圍之統治作用，於某程度，與私人間之關係同，須受私法支配；而於某程度，因公益上必要，則又排除私法適用，而受特定公法規定之支配。此種公私法交互適用之範圍，名為公私法混合適用之區域（*terrain mixte, gemischte Rechtsverhältnisse*），或稱公私法之中間區域。

然屬此中間區域之特定關係，究爲公法關係或私法關係，不特學理上有判別之欲求，即實際上亦有同樣必要。蓋我國亦猶大陸法系諸國，採行行政法院與普通法院分離獨立主義。凡私法關係之爭訟，以屬司法法院管轄爲原則，而公法關係之爭訟，則除訴願外，以行政訴訟之方式，歸諸行政法院審判。故欲明某特定法律關係之審判管轄，非先知其爲公法或私法之所屬不可（註一二）。

屬於中間區域之特定法律關係，其究爲公法或私法，可依左述五項原則，而判別之。

（一）以私經濟之作用爲內容之法律關係，原則爲私法關係。

國家或自治團體之受私法支配，以處於與私人相互間同樣之關係爲限。其處於與私人間同樣之關係，則爲直接與公益無涉之純然經濟關係。故屬此範圍之統治作用，乃私經濟之作用（註一三），原則上應爲私法所支配。如經濟的勞務之給付，經濟損害之賠償，及經濟的價格之得喪等，單以經濟爲內容之法律關係，即以國家爲當事人之一，除有特別規定或公益上必要，須與私人間關係異其處理外，應受私法法規之適用（註一四）。

（二）純屬經濟關係，而法律特別規定，應準公法關係而處理者，則應視爲公法關係。

如右已述，統治團體與所屬人格者間之關係，其純以經濟爲內容者，如無特別規定，概受私法支配。然此仍以無特別規定爲條件。若法律上認爲有特別處理必要，而定爲公法關係者，則不問其內容爲私經濟與否，自不得不以公法關係而論。如就其爭執，得爲聲明異議，訴願，及行政訴訟之場合，乃法律定爲公法關係之最明瞭者。蓋法律

承認得取此等手段，即表示應取此等手段爭訟，不得爲民事訴訟也。此外，國家或自治團體對人民所有之金錢債權，如手續費等，於其不肯納付時，法律規定得依強制執行而徵收者，亦即明示其金錢債權，爲公法上之權利，而不得爲民事訴訟之標的。

(三) 直接供諸公衆使用之土地物件，通常不得爲私法上交易之標的。

直接供諸公衆使用之土地物件，如道路，河川，海濱，公園等所謂公用物，在民法上爲不融通物，若成立私法行爲於其上，則有妨礙公衆使用之目的。故共用物通常不得爲私權行爲之標的。從而對其使用所得徵收之費用（使用費），亦非有私法之性質。

(四) 公共合作與社員間之關係，其法律上性質，與私法人與社員間之關係相似，除法律有明定外，一般爲私法關係。

公共合作雖爲公法人，而其目的上所經營之事業，與私法人之事業，無大差異，其所賦有之公法上特權，亦不若地方團體之顯著。故其與社員之關係，與私法人對社員之關係相類似，如對於社員所科之違約金，過怠金，使用費及手續費等，除有特別規定外，一般的應與私法關係，同其處理。

(五) 在私人間之關係中，國家公權主體之私人，亦爲公法關係之主體，非屬純然經濟性質之場合，不得以私法關係處理之。

私人賦有國家公權，其例甚多。而多數情形，僅為私經濟作用之關係，一般的屬於私法關係。如受公企業特許人之業務，其業務上之法律關係，實與普通私人之營業無異。但非屬經濟關係之場合，如私立大學授與學位，懲戒學生等，則不得作私法關係而處理之。

總之，公法與私法之界限，不明白之區域，其關係之性質，首宜依法規所定而區別。法律無規定場合，應視其有無與私人間關係異其處理之公益上必要，而判別之。

第三款 公法關係之主體

凡公法上有人格者，皆得為公法關係之主體。公法上之人格，即公法能力。而公法能力，即得有公法上權利義務之能力。故有此種能力者，皆得為公法關係之主體。

公法上得有權利能力者，為團體或個人。今日法律觀念，凡人類皆得為法律關係之主體，是個人與其出生同時，即有公法能力。凡團體有法律上之人格者，稱為法人，不論公法人或私法人，自其成立即有公法能力。故公法關係之主體，不外為個人之人民與團體之法人。

公法關係，為公生活中所有之法律關係。國內公法上關係，可依其主體，區為下列五種：一、國家與人民之關係，二、國家與自治團體之關係，三、自治團體相互間之關係，四、自治團體與所屬個人之關係，五、私人相互間之關係。國家與人民間之法律關係，原則為公法關係。自治團體，以有國家事務性質之作用為目的，其法律上地位與國家相

似；其與國家，他自治團體，及所屬個人之關係，原則亦為公法關係。惟自治團體之公權，為國家所賦與，其得為公法關係之主體，僅以國家所承認之範圍為限。至私人相互間之關係，當以私法關係為原則。然私人通常雖為行政客體，而國家有時亦授以國家原有之公權，使之對他私人，為公權之主體。此時其私人相互間之法律關係，亦有公法性質。

第四款 公法關係之種類

公法關係，可由種種見地分類，茲以範圍，性質及根據為標準，分類述之如左（註一五）。

（一）依於範圍之分類

公法關係，依其範圍，可別為包括的關係與各個的關係。包括的關係，即本於各主體所有之一定地位，存於其各主體間之法律關係，如國家與官吏之關係是。各個關係，即就各個事實，存於各主體間之法律關係，如官吏對於國家請求俸給之關係是。

（二）依於性質之分類

公法關係，依其性質，可別為權力關係與對等關係。權力關係，或稱命令關係，即關係主體之一方，得命他方服從其意思，於不肯遵從時，乃得為強制執行之關係。此時其命令強制之意思力，即不外為權力，故稱權力關係。對等關係，或稱要求關係，乃關係主體之一方，得任憑己意，以應他方要求之關係。在此種關係中，雙方既各處於對等地

位，一方縱不應他方要求，他方亦不得濫用己力，以實現之。

(三) 依於根據之分類

公法關係，依其根據，可別為一般統治關係與特別權力關係。一般統治關係，即國家本於統治權主體之地位，對人民所有之關係。國家對於領土內一切人民，及領土外之本國僑民，於國法及國際法之範圍內，有包括的支配權。本於此支配權，對人民有種種之權利，而與人民構成包括的統治關係。又自治團體，本其為一般自治權主體之地位，對於所屬個人，亦有類似之關係。特別權力關係 (*Besondere Gewaltverhältnis*)，非依據一般統治權，乃生於特別之法律原因。在此種關係中，其主體一方，於一定範圍內，得對他方為無定量之命令強制，而他方則有服從之義務。如是因特別之法律原因，而處於特別權力關係者，即有其特殊之地位。如人民處於特別權力關係，須比一般人民，多負特別之服從義務，其服從義務，即以加重。故由人民方面觀之，亦可稱為特別服從關係 (*Besondere subjektionsverhältnis*) (註一六)。

人民與國家間，構成特別權力關係之場合，以下列各種，為最主要：(1) 公法上之勤務關係，如官吏及士兵對於國家之關係是，此時國家有公法上使用主之地位。(2) 補助國家事業之關係，如受公企業之特許者及律師對於國家之關係是，此時國家有事業授與者之地位。(3) 特別保護之關係，如受國家補助之營業對於國家之關係是，此時國家有保護者之地位。(4) 利用營造物之關係，如國立學校學生及國立病院入院者對於國家之關係是，

此時國家有營造物管理者之地位。(5)特別監視關係，如在監囚人及假釋出獄人對於國家之關係是，此時國家有監視者之地位。

特別權力關係之發生原因及其範圍，或為法規所定，或依當事人之行為定之。依法規所定發生之場合，如被徵士兵，囚人及假釋出獄人等對於國家之關係是。其關係既因法律之效力而生，其權力服從之範圍，亦依法律決定之。依當事人行為設定之場合，則因行為不同，尚有所區別。如官吏之任命及學生之入學，因本人之自由意志而成立。其本人之同意，即其權力之根據；故其權力範圍，除法律有規定外，祇於其所同意之限度而存在。此外如公企業之特許及特種營業之保護等，因人民之請求，經國家之許與而成立，其權力範圍，原則上依法規定之。

特別權力關係，又得成立於自治團體與所屬人民之間，如地方團體之吏員對於團體之關係，即屬其例。至公共合作與社員之關係，則全體為特別權力關係。因公共合作對社員所有之權力，非有一般統治權之性質，而為特別之權利也（註一七）。

第五款 公法關係之內容

第一項 概說

法律關係之內容，自主觀的方面觀之，乃其主體意思之所趨。其主體意思之趨向，由法律所規定者，即於一定情形，得為意思之活動，或須為意思之活動。故公法關係之內容，亦不外其主體即人格者得為意思之活動，或應為

意思之活動。

人格者在法律上得爲意思活動之場合，可分爲二：其一，爲某目的而得主張其意思者，此時其得爲之意思活動，卽爲權利；其二，爲某目的不得主張其意思者，此時其得爲之意思活動，乃爲權能。

人格者在法律上應爲意思活動之場合，亦分爲二：其一，應受他人之主張者，此時其應爲之意思活動，謂之義務；其二，不受他人之主張者，此時其應爲之意思活動，謂之責務。

是故法律關係之內容，卽不外權利、義務、權能及責務各種；就中以權利與義務爲最主要。公法關係中之權利，名爲公權，與公權相對待之義務，名爲公的義務。就此二者，請爲申述於次。

第二項 公權之觀念

公權亦爲權利一種，欲明公權之意義，須先探求權利之性質。簡言之，權利云者，乃法律上得主張利益之意思力也。析言之如左：

(一) 權利者，法律上之存在物也。

權利爲法律關係之內容，自必爲法律所創設，非先法律而存在。俗語中雖亦有所謂法律外之權利，如道德上之權利者。然其與法律上之權利不同，甚爲顯白。其究得稱權利與否，固出於命名者之自由。而卽名之爲權利，亦不過對相對人履行義務之期望而已，非真爲法律所保障也。故法律上之權利，與法律外之權利，有判然之區別。又學

說中亦有以權利爲先法律而存在者，如自然法說謂人權爲天賦；鄧伯希（Denbury）以權利爲個人對於社會上生活物質，所有之部分。然詎知自由及財貨等物，雖爲權利之基礎，並非權利之本體；祇因法律之擔保，乃得爲權利之標的物而已。故權利之標的物，雖屬自然產生，而權利本身，則法律上之產物也。

（二）權利以利益爲目的

權利爲法律所認許之意思活動，已如前述。然人格者之意思活動，恆有一定之目的。法律上人格者意思活動之目的，即爲利益。故利益實爲權利之目的。耶林格謂權利爲法律所保護之利益（註一八），蓋卽此意。夫所謂利益，爲對於適合人類目的之事物，所估定之價值，而有主觀之性質。然法律上所認之利益，乃指客觀的利益而言（註一九）。蓋某事物對於人類所有之價值，有由個人估計，有依平均推算，而法律所承認者，乃其平均之價值也。法律承認人類利益，自己觀察人生實際，務使個人主觀之利益與法益（Rechtserreage），趨於一致，然主觀與客觀之不能完全吻合，仍爲勢所難免。故法律所承認之利益，自主觀觀之，有時不但非爲利益，甚或對權利人反生不利益之結果（註二〇）。願實際上縱有此種情形存在，終不能謂權利之目的非利益。良以法益一字，係指客觀的利益而言也。

（三）權利得主張利益之意思力也

法律所承認之意思，視其得主張與否，而有區別。凡承認人格者得爲主張之場合，始有權利之存在。蓋外界之事物，須爲人類所欲求，始屬利益之領域，成爲意思之目的，始爲法律所保護。是人類之意思，實爲外界事物成爲利

益之要件，而法律爲保護人類之利益，尤非承認及保護人類之意思不可。故意思之主張，實爲實現權利之手段。黑格爾謂權利爲法律所承認之意思力，或意思之支配（註二），亦卽此意。惟法律所承認之利益，未必盡得爲意思之主張。蓋法律有時僅爲公共利益，而保護多數之人，此時個人雖得爲意思活動，而獨不能主張其意思。故唯以人格者之意思，爲其利益之存在及範圍之標準，且得主張其意思之場合，始有權利之存在耳（註三）。

要之，權利爲得主張之意思力，而其意思之主張，乃以利益爲目的。故意思與利益，實爲權利觀念中之要素。公法關係中之權利，自亦同此性質。就公法爲最顯著之團體法（註三），團體與其所屬個人，有共通之利害關係。一般而言，國家之利益，同時卽爲國民之利益；國民之利益，同時亦卽國家之利益。故國家之權利，不特爲國家之利益而存在，同時亦爲國民之利益存在。又國民之權利，不特爲個人之利益而存在，同時亦爲國家之利益存在。以故權利之觀念，一般雖以利益——尤其是權利人自己之利益爲要素，而於公權，則有特別之意義，須加限制以解釋之。

第三項 公權與反射利益

公法關係之內容，不外爲權利義務權能及責務各種，已如前述。內中權利與權能二者，最易混同，茲爲特別比較說明之。

公法規定，有時爲保護個人之一定利益，認其得爲意思主張，以請求國家之行動。此時，其個人對於國家之關係中，因有一定利益與意思之兩要素，得有一定權利。但公法間亦規定國家應對人民爲一定行動，使人民受某種

利益，而不認其得爲主張。此時因不具備意思之要素，不認其有權利。此際其單純之受益，乃出於法律規定之結果，易言之，即出於法律規定之反射作用（Reflexwirkung），故亦名反射利益（註二四）。

公法規定，自其對於人類利益之關係言之，公法原則上爲公共利益而存在，然公共利益未必與個人利益之總和相一致，因之公法規定，未必同時即爲個人之目的而存在。祇於滿足個人利益，同時即所以滿足公益之場合，其規定始認個人爲有權利（註二五）。若僅因公益上之目的，使個人得依據法規而享受利益，則不成爲權利。故個人得依法律而享受之一切利益，未必盡爲權利之目的（註二六）。△

某法律關係之內容，究爲權利，抑爲反射利益，可依形式上與實質上之二標準，而判別之。第一，在形式上，祇須視其法規規定是否爲權利之設定，即可明白。凡對個人之請求，因法律之拒絕或事物之性質，而不保護者，縱或授個人以利益，亦不過爲反射利益。反之，對於個人之請求，法律必予以保護者，其請求乃得爲權利。此二種形式，在立法上並不衝突。蓋國家對於人民爲某種行爲，使之單爲法規實施，抑爲個人權利之設定，原屬立法上之自由。惟立法上，爲使人民對於國家行爲之請求，能適合於行政設備之能力及社會情形之變遷計，每應予官署以自由判斷之餘地。於此場合，殊不宜爲人民設定權利耳（註二七）。

其次，在實質上，須視法規默認個人有權利與否，而決定之。但其默示承認之場合，易言之，即缺乏形式上標準之場合，判斷甚爲困難，祇能視其對於國家之行爲，得爲自己利益而請求與否，以決定之耳。

總之，凡法規單爲公益，規定國家應爲某種行爲，而人民不得爲自己利益而請求之場合，其人民得享受之利益，皆爲權能或反射利益。茲更舉例以說明之：

(一)國家以一定公共設備，供諸一般人民使用之場合，其使用原則非屬權利，而爲反射利益。如國家開設道路，人民僅得爲事實上之使用，而無使用其公物之權利。

(二)法律規定應對人民公開執行某種國家行爲之場合，人民雖得與聞其行爲，而非卽有其權利。如法律上有審判公開之規定，人民僅得據此出入法庭以旁聽，並無請求入場旁聽之權利。若已聽衆盈庭，不堪擁擠，則其法律上目的已達，其他人民，無論在法律上或事實上，均不許再爲入場之請求矣。

(三)專爲公益，認許個人喚起國家行爲之場合，亦爲單純之反射利益。如依刑事訴訟法規定，私人得爲犯罪之告發或告訴，而檢察官應爲犯罪搜查之處置。此時其告訴或告發，僅爲引起職權行爲之原因，非爲權利之行使。

(四)單爲公益，救濟個人之場合，亦爲反射利益。如依國家立法，個人雖得爲救濟之請求，亦僅爲法律之反射，非有要求之權利。

右列各種場合，國家機關，雖須依法律所定，爲公益任許人民通行道路，出入法庭，搜查犯人，以及救濟貧病，而其反面，人民並無請求之權利。故此時國家所爲一定行爲，終非對於人民履行其義務。

第四項 公權之種類

私權之享有，近代國法中，以各人平等爲原則，而公權之享有，則各各權利能力之範圍，頗有不同。就中國家與人民二者，常立於不對等之地位，國家有一般之支配權，而人民處於被支配之地位。國家之權利，首依其支配權而生，而人民之權利，乃因國家之承認而存在。故國家與人民之公權，亦不能同其種類。公權之種類，既因主體不同，茲可以主體爲準，分爲國家之公權，自治團體之公權，及人民之公權三種，再依各種見地，而分類說明之。

第一 國家之公權

國家所有之公權，依國內外法之不同，得分爲對外國所有之公權與對國內人民及團體所有之公權。其在國內法上所有之公權，更可依其目的及內容，分類如左：

(一) 依於目的之分類

國家之公權，第一，可依目的，分爲組織權，警察權，財政權，法政權，軍政權，刑罰權，及保育權等各種。

(二) 依於內容之分類

國家公權，其次，可依內容，分爲形成權，強制權，及公物權三種。

(甲) 形成權

形成權爲設定變更或消滅法律關係並能力之權利。形成權 (Konstitutive Recht, Gestaltungsrecht) 之觀念，近時在私法學上，亦爲一般所承認，但其主要區域，非私法而爲公法。形成作用，以組織權，法政權，警察權，保

育權及財政權之作用而行者，種類甚多，此處姑不詳述。

(乙) 強制權

強制權爲以實力拘束身體自由，侵入或搜索住宅，及扣押或處分物件之權利。私法上除緊急防衛或避難之場合外，不許爲自力之強制，因無與此相當之權利。公法上之強制作用，種類頗多，就中以屬於警察權，財政權，及法政權之作用者，爲最主要。

(丙) 公物權

物權爲附隨於物體之權利。其觀念本發達於私法中，而公法中亦認有之。卽其內容專爲私法所支配者，爲私法上之物權，專爲公法所支配者，爲公法上之物權，一部分爲私法所支配，而一部分爲公法所支配者，爲公私法性質混合之物權。公法上之物權，或因財政權之效果而生，如作租稅擔保而認有之留置權是。或爲軍政及保育之利益而認有，如道路並其他公物之管理權，及公用地役權是。

第二 自治團體之公權

自治團體，一面與國家同，爲以遂行公務爲目的之團體，而居於行政主體之地位；而他面與一般私人同，服從於國家統治權之支配，有與人民相似之地位。故自治團體所有之公權，卽可依其地位而分述之。

(一) 對人民所有之公權

自治團體，對於所屬人民，於某範圍，享有國家之公權（註二八）。惟其權利能力之範圍，為法律所規定。依其種類不同，大有廣狹之別。如法政權及軍政權等，近代為國家所專屬，自治團體不得享有之。警察權在我國亦屬國家所專有。通常認為自治團體之權利者，以組織權，財政權，公企業權及公物權，為最主要。此外以或種團體為限，尚有某範圍之自治立法權。

（二）對國家或上級自治團體所有之公權

自治團體，對於國家或上級自治團體，有與一般私人類似之權利。第一，有某程度之自由權，即於法令所定之範圍內，得不受國家或上級自治團體之指揮，而純以自己之意思，處理其一定之事務。其次，有請求國家行為之權利，如就私法上或公法上之法律關係，與個人或他法人有所爭執時，得向法院請求為民事或行政訴訟之審判。此外，又有參政權，以參與上級自治團體之組織，如縣農會或縣商會等，得為省農會或省商會聯合會之會員，而參與其組織。

第三 人民之公權

（一）對於國家所有之公權

人民於國家生活中所有之地位，可分四種：一曰被動的地位。人民於此地位上，完全服從國家支配，不得為任何之主張。二曰消極的地位。於此地位上，在某範圍內，得為獨立自由，而不服從於國家權力之支配。三曰積極的地

位。於此地位上，得爲自己利益，而請求國家之行爲或給付。四曰主動的地位，於此地位上，得構成國家機關，而參與於國家之公務（註二九）。要之，人民於第一種地位上，僅爲義務主體，不得主張若何權利。而自第二種地位以下，得隨其地位而有各種權利。故人民之公權，即可依其地位，分爲自由權，行爲請求權，及參政權三種。

（甲）自由權

自由權 (Freiheitsrecht, droit de liberté, right of liberty) 或名消極的公權，爲要求國家不作爲之權利。蓋各人在法律之範圍內，得安全保持其生命財產，而有從其所欲，以爲精神上身體上各種活動之自由。如身體之自由，居住遷徙之自由，信教之自由，通信祕密之自由，結社集會之自由，言論出版之自由，財產所有之自由等是（註三〇）。對於此等自由，國家僅能依法律所定，加以限制，不得違法而侵害之。故自由權之內容，實爲對於國家違法侵害之制止，或非法權限之否認。

然關於自由權之存在，學者尙有反對之論說，以爲憲法或法律中關於人民自由之規定，純爲制限國家立法，非授人民以權利。通常所謂自由權者，實缺乏其內容（註三一）。驟視之，此說似亦有一面之理由，庸詎知憲法中關於自由權之規定，一面固在制限立法，同時亦所以宣示人民之自由權。人民之自由財產，非依法規，不得侵害，此法治主義之原則，即以各個權利而表現。至自由權之內容，如右已述，不在積極的爲一定之行爲，亦不與個人以前此所不有之新能力。個人之自由居住遷徙，出版集會，以至飲食散步，睡眠談笑等，恰似自由權內容者，實爲個人之天然

自由，而非爲法律所賦與。自由權之真正內容，在天然自由不受違法之拘束，即不受違法之命令強制。

又人民所有之自由，殊不以憲法中所明定之數種爲限。憲法中關於人民自由之規定，乃純然出於歷史上之理由。大體祇就向受國家壓制之方面，特爲明文規定，以示除去其壓制。至於其他各方面之自由，則視爲早經確定之原則，已無待於明文之規定矣。

(乙)行爲請求權

行爲請求權 (Handlungsanspruchrecht, Droit de la conduite réclamation, right of conduct claim) 或名積極的公權。爲請求國家行爲或給付之權利。國家除爲一般利益之保護外，並承認個人得爲自己利益，而要求國家之行爲。既如前述。此時其個人所有之權利，即爲行爲請求權。行爲請求權，常以積極給與特定人利益爲目的，故又名積極的公權。

積極的公權之內容，猶私法中之債權，種類頗多，或爲請求金錢之給付，或請求給付以外之行爲。自其對於司法權與行政權之作用者而言，可分對於司法機關之權利與對於行政機關之權利。對於司法機關之權利，以起訴權 (Kreßrecht) 爲最主要。起訴權又分訴權與行政訴訟權二種，前者爲私權爭訟時所行使，後者爲權利受違法處分侵害時所行使，而兩者均爲請求認定法律事實及法律關係之權利，易言之，即爲請求審判之權利。此外，尚有請求強制執行之權利，及請求公證或登記之權利等多種。

其次，對於行政機關之權利，如具法定條件時，請求許可或特許之權利，請求特定法律事實或法律關係之確認或公證之權利，請求文書閱覽或其繕本交付之權利，及請求撤消違法行爲之權利等是。此外尚有訴願權（*Wp* *schwerdetrecht*）與請願權（*Petitionsrecht*）二種。前者係個人之權利或利益受違法或不當處分之侵害時，請求上級機關，以監督權作用，而爲撤消或變更之權利。後者係爲個人或公共利益，請求改廢現行制度，設立新制，撤消既爲之行爲，及爲未爲之行爲之權利。惟國家對於人民之請願，祇有受理之義務，其聽許與否？完全屬於公益裁量。

（丙）參政權

參政權（*politisches Recht, droit politique, political right*）或名主動的公權，乃構成國家機關，而參與公務之權利。其直接依法律規定而生者，如選舉權等是。惟參政權一面雖以人民爲國民一份子，對於國家事務之如何執行，有直接之利害關係，使之參與公務，爲其本人之利益而認有，而他面，其權利亦爲國家之公益而存在，甚爲明顯。故參政權一面雖爲人民之權利，同時亦有爲人民義務之性質。

（二）對於自治團體所有之公權

人民對於自治團體，於某範圍內，亦有不受團體權力侵害之自由，請求團體行爲，及參與團體公務之權利，與對於國家之場合同。

惟是上述國家，自治團體，及人民所有之公權，皆爲存於一般統治關係中之權利。此外因特別之法律原因，尙有存於特別權力關係中之各種公權。如人民依特別之行爲，就於特別地位而爲官吏或其他公務員時，對國家或自治團體所有之權利，即經濟上之權利或地位上之權利等，即屬其例。關於特別關係中之權利，姑待於各關係節中，再詳述之。

第五項 公的義務之種類

公的義務，與公權同，亦可依其主體，大別爲國家之義務，自治團體之義務，及個人之義務。

國家之義務，亦分對他國所負國際法上之義務，與對國內人民所負國內法上之義務。其對本國人民所負之義務，以依國法，執行司法與行政之義務，爲最主要。其次，自治團體之義務，最主要者，以依國家法令，及自治法規，執行一定事務之義務屬之。

至人民對於國家所負之義務，其屬於一般統治關係者，爲一般之服從義務。其種類即可依國家公權之種別而分述之。第一，人民對於國家之組織權，有參政義務，及承認組織法上所定之國家機關，而服從其權限之義務。對於警察權，有警察義務。對財政權，有納稅義務。對軍政權，有兵役義務及其他軍事負擔之義務。對保育權，有公之負擔。其次，對強制權，有忍受之義務；對形成權，有遵從之義務；對公物權，有不可侵及物上負擔之義務。其屬於特別權力關係者，有特別之服從義務。如官吏士兵，對於國家之服從義務，即屬其例。至人民對於自治團體之義務，亦可準

此類推，茲不細述。

第六款 公法關係之變動

人類之生活關係，既為法律所規律，則從其生活關係所生之效果，自為法律所保障。為法律所保障之效果，即為法律效果，為公法所保障之效果，為公法效果。發生法律效果之原因，為法律原因或法律要件（*juristischer Tatbestand*）發生公法效果之原因，為公法原因或公法要件。

法律效果，以法律關係之變動而表現。法律關係之變動，自內容上觀之，即為權利義務權能及責務之發生消滅及變更。故公法關係之變動，亦不外為公權及公的義務等之變動。

發生法律效果之要件，可別為種種要素。其各種要素，即為法律事實（*juristische Tatsache*）。法律事實，或以一種單獨而成法律要件，或以多種，依種種方式結合而成法律要件。故某法律關係中發生特定法律效果之一切事項，皆不外為法律事實。法律事實，因其出於人之行為與否，可分自然的事實與人為的行為。自然事實或稱事件（*Freignisse*），即時之經過，人之生死，果實之長成，及器物之破壞等是。人為的行為，通稱法律的行為（*Rechtshandlung*）。視其效果之發生，是否注重一定之精神作用，又可別為事實的行為與精神的行為。精神的行為，注重其行為中之一定精神的作用，而附以法律效果；事實的行為，但注重其行為對外界所生之一定現象，而附以法律效果。精神的行為為依其以意思表示為要素與否，又別為法律行為與準法律行為。前者以意思表示為構成要素，依

其要素而發生法律效果，後者乃因他種精神作用（觀念表示）直接依法律而發生法律效果。行政上之法律的行為，為行政法學中主要研究事項之一部，且待行政作用章中，再詳述之。

因公法要件而生公法效果，即為公法關係之變動。關於公法關係之變動，可分如左各場合述之。

（一）公法關係之發生

公法關係之發生，即一公法關係，與新關係主體之結合，換言之，即新主體對於權利義務等之取得。通常分原始的發生與繼受的發生二種。前者非基於他公法關係而發生，而為其單獨所發生，換言之，即不基於他人之權利義務而取得，而為單獨取得。如因任命而取得官吏身分，因土地所有而負擔納稅義務是。後者乃本於他人之公法關係而發生，換言之，即本於前主所有權利義務而取得。公法關係之繼受的發生，即為公法關係之移轉，可待稍後一併論述之。

（二）公法關係之消滅

公法關係之消滅，乃公法關係，與其主體之分離，換言之，即主體對於權利義務之喪失。可分絕對消滅與相對消滅二種。前者為公法關係本身之消滅，換言之，即為權利義務之消滅。後者為公法關係之移轉，亦即權利義務之繼受取得，亦待後述。

公法關係之絕對消滅，其出於自然的事實者，如主體之死亡，標的物之消失，及除斥期間之經過等是。其本於

行政行為或私人之公法行為者，如公權之剝奪，公權設定處分之撤銷，義務之免除，及公權之拋棄等是。

公權以不得拋棄為原則。如國家或自治團體之公權，有行使之權限者，同時有行使之義務，除法律所容許外，行政機關不得任意拋棄之。至於個人之公權，得分可拋棄者與不可拋棄者二種。個人之公權中，其一面為權利而同時為義務者，其權利不單為私人之利益存在，亦且為公益所必要，私人不得任意拋棄（註三二）。又附隨於個人一身而不可分離之公權，如自由權等，私人亦不得任意拋棄。此外其棄權為法律所不禁，或僅為私人經濟利益而認有者，概得任意拋棄之。

但所謂不得拋棄，非其權利必須行使之謂。苟法律非以其行使為必要，則其權利之各個效果，得不行使。蓋權利之不行使，非權利之拋棄。拋棄所以使其權利消滅，既消滅之權利，不得任意使之復活。而僅係事實上之不行使，猶不致使其權利消滅。故即不行使，亦無妨於其權利之存在。如俸給請求權，雖不得整個拋棄，而特定各個俸給金額請求權，得不行使之。

（三）公法關係之變更

公法關係之變更，乃公法關係之內容，不失同一性，而僅變更其容態之謂。可分主觀的變更與客觀的變更二種。客觀的變更，為內容之變更，換言之，即權利義務客體之變更。又可分為數量的變更與性質的變更，前者如國家對於個人應納稅額一部之減免，及對罪人之減刑是；後者如命個人以拆除房屋之義務，於其不肯履行時，乃代為

執行，而向義務人徵收所需之費用是。

至於主觀的變更，即其主體之變更，亦即公法關係之移轉。公法關係可否移轉，正待研究。通常則以不得移轉爲原則。因公法關係每以其主體爲構成要素之一，主體變更，其關係亦失去同一性。如非依法律不得限制之個人自由，性質上不得移讓於他人；又個人參與國家機關組織之參政權，除法律所認許之本人外，他人不得行使之。但公法關係，並非絕對不得讓與或繼承，至少爲法律所認許之場合，得移轉之。因公法關係之內容，亦有以金錢給付爲標的，或其他財產價格爲主要性質者。此種權利義務，猶之私法上之權利義務，即使其主體變更，亦不致失去同一性。故此等法律關係，實不妨移轉於他人。法律上當然得移轉之場合，即繼承等是。如繳納國稅及延納處分費之義務，得移轉於後繼人。

(註一) 法治主義亦稱法治行政主義。

(註二) 警察國亦稱絕對國。

(註三) 當時領主得到高權，不受帝國法院監督，法律上爲補救其缺陷起見，乃另唱國庫說(Risikustheorie)，以國庫爲財產權主體而代表國家，與私人同受財產法之支配。至是人民權利受官權處分之侵害時，乃得向法院請求國庫賠償。而國家在法律上乃爲兩個主體，除爲原來之國家外，並爲私法上之法人。此國庫說，蓋即所以調和當時之國家全能思想與法律秩序之衝突也。

(註四) 司法係依法律而判決，依判決而執行。行政既同受法律拘束，亦應適用法律，而規律其事務。惟行政與司法不同，於多數場合，不爲審判判決，而以行政行爲(acts administrative)出之。法國自實行權力分立以後，行政行爲之觀念，乃與司法判決相對待，而爲行政與司法並立上所不可缺之要素。而自是無論在行政法之適用上或研究上，此觀念遂占於重要之地位矣。

(註五) Stahl, Rechts und Staatslehre, S. 13ff.

(註六) O. Mayer, D. Verwaltungsrecht, 3 A. Bd. 15, 25ff.; Wolzendorf, Polizeigedanke des modernen Staat, 1918, 9f

(註七) 范揚著, 行政與法治主義 (國立中央大學法學院季刊第二卷第一期)

(註八) 美濃部達吉著, 日本行政法總論, 大正八年版, 四二面以下。

(註九) 羈束裁量, 所以決定何者為法規所要求, 為關於法律問題之裁量, 故亦名法規裁量 (Ermessen der Rechtsmassigkeit)

(註一〇) 自由裁量, 所以決定何者適於公益 (即是否合乎行政上之目的), 為關於便宜問題之裁量, 故亦名為便宜裁量 (Ermessen der zweckmassigkeit)

(註一一) Laun, Der freies Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung; Stier-Somlo, Der freies Ermessen; Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehoerden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

(註一二) 美濃部達吉著, 行政裁判法, 第一章第三節。

(註一三) O. Mayer, a.a.O.S. 116.

(註一四) 行政法院判字第一〇號判決。

(註一五) 公法關係, 此外又得別為 (1) 對世的關係與對人的關係, 前者即當事人一方對多數不特定人或一般公眾之關係, 後者即特定當事人相互間之關係。(2) 對立的關係與鼎立的關係, 前者由雙方當事人構成, 並無第三人加入其間, 後者則於兩當事人外, 尚有第三人, 如審判官者, 加入在內, 即由三方當事人共構成之。但此等區別, 非行政法中所特有, 而行政法中, 亦無特別重要意義, 此處姑不詳述。

(註一六) Laband Staatsrecht, 1. S. 433; Paul Khan, Das Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, 1912.

(註一七) 公共合作對社員所有權利之總體, 亦稱社團權, 但公法上之社團權, 與私法上之社團權, 異其性質, 私法人與社員之間, 不生特別權力

關係參照 Heimheimer Mitgliedschaft und Ausschliessung S. 23 ff.

(註一八) Jehring, Geist des römischen Recht, 3A.III, S. 31. ff

(註一九) Jellinek, System der Subjektiven öffentlichen Rechte, 4A. S. 42.

(註二〇)如債務過多之遺產繼承是。

(註二一) Hegel, Rechtsphilosophie, 1821, S. 34.

(註二二)法律上所謂意思，雖以心理學上之觀念為基礎，但未必完全相同，有時因法律規定之結果，使他人之意思，歸屬於本人，如以機關之意思，為團體意思，及法定代理人之意思，為無意思能力人之意思是。又法律上之意思，不以現在所有之意思為限，即將來容許實現之意思，亦屬有效。如幼者及精神病者，雖不能自由為意思之活動，而得豫期其自由活動。故無意思能力人，即無法律上代理人存在之場合，亦不能不視為意思之主體也。

(註二三)團體法與個人法之區別，與公民法之區別相類似，但各異其標準與範圍。凡人類除以個人而存在外，並構成國家及他團體，而為其一份子。國家及他團體，亦與個人同，有兩重之資格。因此等團體，一面雖由多數人所組織而成，他面更組織他大團體，而為其一份子也。故無論個人或團體，均管社會的與個人的兩重生活。凡關係團體生活之法，為團體法，關係個人生活之法，為個人法。但團體法與個人法之區別，與公民法之區別，其範圍殊不盡同。現代公法，如憲法，行政法，刑法，及訴訟法等，雖皆為團體法，而不過為團體法之一部，私法雖以個人法為最主要部份，而關係私法人之團體法，亦有包含在內。

(註二四)反射利益，亦稱為反射權 (Reflexrecht)，但其性質既非權利，稱謂殊欠正確。

(註二五) Jellinek, a.a.O. S. 69.

(註二六) Fleiner, Institutionen d, d, VR, S. 162.

(註二七) Fleiner, S. 165-6; Jellinek, S. 71 ff.

第二章 行政法之基本法則

(註二八)自治團體所有之國家的公權，又名傳來的國家公權，以與國家固有的公權相對待。

(註二九)人民所有四種地位，從歷史上觀之，有按級升進之趨勢。在昔絕對專制時期，人民處於被動地位(*passiver Status, status subjectivus*)，完全服從國家，幾不認有人格。其次，處於消極的地位 (*negativer Status, status libertatis*)，認有相對的人格，得有某程度之獨立自由。嗣又不以消極的地位為滿足，更進於積極的地位(*positiver Status, status civitas*)，得向國家要求積極的行為，最後乃躋於主動的地位 (*aktiver Status, status der aktiver Zivität*)，得參與國家意思之構成，或為國家權力之總攬者 (*Jellinek, a. a. O. S. 51 ff.; Berthélemy, Les droits subjectifs des administrés*)

(註三〇)此等自由或不可侵權，亦稱自由財產 (*liberté et propriété*)

(註三一)耶里內克及阿督梅也等學者，因受格爾巴(*Gerber*)之影響，以自由權為反射權。該阿爾格梅也既認自由權為權利，復謂憲法中關於自由之規定，僅所以宣示一般立法主義，並非設定權利。

(註三二) *Esmein, Éléments du droit constitutionnel, 5e éd. 1909, p. 252; Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht, 1910*

第二章 行政組織

第一節 概說

國家統治組織，得依權力如何分配，別爲種種形體。國家權力分配之方法，自其對於國內地域團體觀察，有中央集權與地方分權之二反對趨向。(註一)凡統治權爲國家所集中，不認國內有地域團體，爲統治主體而存在者，爲極端的中央集權。反之，承認國家之下，有地域團體存在，且其權力極大，幾不受乎國家之羈束者，爲極端的地方分權。但此二種權力分配方法，僅爲歧趨兩極之觀念，在實際上，其例甚少。實際制度，乃常存於二者之間，於某限度各具二者要素。或則權力比較集中，偏於中央集權；或則權力比較分散，偏於地方分權。此外又得折中兩者，平分權力於中央與地方之間，不偏於中央集權或地方分權，是爲均權。

統治權力之分配，若過偏於中央集權或地方分權，則有畸輕畸重，得此失彼之虞。故自立法政策上言，當以均權制度，爲最適當分配方法。我國採用均權制度，黨綱既列專條，約法復加規定，可勿再論。惟同在均權主義之下，其所採行之地方制，又容有不同之形式。我國今後之地方制，純爲統一制(Uniformity)下之地方自治制乎？抑於

普通地方自治團體之外，更有聯邦制（Federalism）之邦或州之存在乎？（註二）是則不無疑義。就此問題，可與統一制及聯邦制問題，同樣處理。關於兩者異同，此處不遑深論。祇就我國制度言之，我國除中央與地方之權力，採均權制外，各省人民並得自定憲法，自舉省長（對內政策第二條），凡此各點，頗與聯邦制相似。然聯邦式之聯省自治，早為第一次全國代表大會宣言所擯斥，而約法亦明定：「中華民國，永為統一共和國（第三條）。」則我國政體，為統一制而非聯邦制，甚屬明白。以吾觀之，我所採政體，確為統一制度。祇就統治權之分配，與普通統一則必集權之例不同，獨採均權主義，不偏於中央集權或地方分權，自此點言，可稱均權統一主義。

在均權統一主義之下，國家之統治權，除某範圍為國家自身所行使外，更於國家之下，設立地方團體，授以某範圍之統治權，使之自治。其分授於自治團體之權力，就中以行政權為最顯著。故行政權由國家自身行使外，更由自治團體行使之，行政權既由國家與自治團體分別行使，則行政組織，亦可區為國家行政組織與自治行政組織，而分述之。本章所論，姑以國家行政組織為限。

第二節 國家行政組織通論

第一款 行政機關

第一項 行政機關之觀念

法人爲組織體，須有一定組織，而後始能活動。國家爲法人一種，當亦須有一定組織。國家之統治組織，自其內面觀察，可以析爲多數單位。其各個單位，卽爲國家機關（Staatsorgan, organe de l'État, organ of state）。國家機關，可依其所行作用，別爲立法機關，司法機關及行政機關（Verwaltungsorgan, organe administrative, administrative organ）等各種。行政機關既同爲國家機關，則欲明其意義，應先就國家機關而略述之。

法律上所謂機關云者，乃法人之構成部分，所以表現其一切行爲者也。蓋團體在法律上既有法人資格，勢非有所以作成其意思及爲其意思之執行不可。爲法人擔任意思之作成及爲其他行爲之任者，卽法人之機關是也。然實際上存在之意思主體，捨普通之個人外，無他物可以代替。故欲構成法人機關，尤非以個人居於機關之地位，使之供給意思及其他行爲不可。故構成國家之機關者，亦猶是居其地位，爲國家供給意思及其他行爲之個人耳。然居於國家機關之地位者，雖爲普通之個人，而個人之心理上一切意思及生活上一切行動，未必盡爲國家之行爲也。蓋法律上既非以國家爲天然之有機體，能以五官作用，決定意欲及爲各種努力；亦非以居於其地位之個人整個爲國家機關，以其行爲皆爲國家行爲。法律上國家機關行爲之得爲國家行爲者，乃以國法所承認之範圍爲限。故構成機關個人之行爲，僅於國法所承認之限度，歸屬（zurechnen）於國家。凱爾生曰：「唯能歸屬於國家，始爲國家所意欲。非一切之意欲，皆能歸屬於國家。」（註三）此言得之矣。

國家機關所包括之意義，頗有廣狹之別。在狹義上，僅指代表國家，作成意思之意思機關（Willensorgan，

organe de volonté, organ of will)而言。如司法官署及行政官署等是。在廣義上，則除作成國家之意思者外，凡參與其意思之作成及爲其意思之執行者，皆得包括在內。行政機關，亦同有廣狹不同之意義。本章所述，乃就廣義而言。

第二項 行政機關之性質

國家機關，既爲國家之構成部分，用以表現國家之人格，則國家人格雖由機關表現，而機關一己，乃無獨立人格可言。故學者通說，謂機關不有人格，不得爲法律關係之主體。行政機關，爲國家機關一種，自亦同此性質。然通俗用語，每謂司法院，有審判民刑訴訟之權利；行政機關，有處理行政事務之權利，一若以國家機關，爲權利之主體者。而學者中亦有以國家機關爲有人格，而稱之爲機關人格者。此等主張，要皆非爲正確見解，茲爲特筆論之。

第一，國家機關所能表現國家行爲之範圍，實爲機關之權限，而非其自身所有之權利。權限與權利不同，權限雖亦係得爲某範圍行爲之能力，而與權利相似。然依權限所爲之行爲，乃爲國家目的而發動，並不含有爲機關自身目的而行之素質，是其與權利各異，固屬明甚。故機關之權限，非機關之權利，乃國家之權利，藉機關以行使耳。

其次，國家行爲，雖由國家機關表現，而個人於機關地位上所表現之行爲，則不認爲個人之行爲，而認爲國家之行爲。蓋機關與國家之間，猶耳目手足之於個人，耳目手足非因其一己而存在，乃因個人而存在，且爲個人各盡其職司，以相活動。故機關與國家之間，並無兩個人格之存在，申言之，即構成機關之個人，非以固有之人格，代表他

種人格者之國家，祇國家之人格，因機關而表現耳。

第三項 行政機關之種類

第一 依於權能之分類

行政機關依其所有權能，可以別爲如左各種：

(一) 行政首長

行政首長，本亦行政機關一種，因屬憲法學中研究，於行政法學中，通常頗少論及之。但我國現時，究以何者爲行政首長，不易明白，殊有一言附述之必要焉。

考諸各國成例，咸以國家元首爲行政首長，或爲單獨制之組織，置一人大總統或君主，如英美法日等是；或爲合議制之組織，置人民委員會或聯邦行政委員會，如蘇俄瑞士等是。我國制度，依黨義有「行政就是大總統」一語，將來似應採單獨制者，而就訓政時期約法及修正國民政府組織法觀之，則現時猶採合議制。卽於行政院之上，置國民政府，以國民政府委員會，行使國家元首之職權，其不便以會議開會決議執行者，則逕由國民政府主席一人單獨執行之。故我國現時之行政首長，既非專屬國府委員會，亦非專屬國府主席，實由國府委員會與國府主席二者各分任之。（註四）

(二) 行政官署

行政官署，乃隸屬於行政首長之下，就一定之行政事務，有決定並表示國家意思於外部之權限之機關也。行政官署，與他種行政機關不同，得決定並表示國家意思於外部，為國內最重要之意思機關一種。關於行政官署之觀念，尚待稍後論之。

(三) 諮詢機關

諮詢機關 (*Ratfragensorgan, organe consultative, consult organ*)，乃對行政首長或行政官署，以陳述意見，為其任務之機關也。其組織恆為合議制，或以官吏構成，或以選自民間之委員構成，或混合此二種人員而構成之。其意見或僅受諮詢時，始行陳述，或不待諮詢，亦得陳述之。諮詢機關所提出或議決之意見，僅為供諸官署決定意思之參考，不有直接得為國家意思之效力。而官署對於諮詢機關之陳述，除法令有規定者外，採納與否，得依其意思之自由。惟實際上，既經諮詢機關翔實審議之事項，官署殆常整個採取之耳。

(四) 營造物或公企業機關

營造物或公企業 (*oeffentliche Anstalt, etablissement public, public establishment, od. oeffentliche Unternehmungen, entreprises publiques, public enterprises*) 機關，乃管理國家營造物或公企業，並實施其事業之機關也。營造物或公企業機關中，有管理權者，於其管理權之範圍內，亦有決定並表示國家意思之權能，從而亦有官署地位。如國立大學校長，鐵路管理局長等，即屬其例。關於營造物問題，擬俟另節論之。

(五) 補助機關

補助機關(Scheideorgan, organe auxiliaire, auxiliary organ)乃隸屬於行政官署之下，補助其官署行為之機關也。補助機關，非如行政官署，有法律上意思之決定權；僅對官署意思之決定，為準備調查之行爲，或承官署之命令，從事各種事務而已。惟補助機關，依法令規定或官署委任，得代行官署之權限，而於代理權之範圍內，亦有官署地位。

(六) 執行機關

執行機關(Vollziehungsorgan, organ de l'exécution, organ of execution)乃依法令或行政官署之所命，事實上為國家意思執行之機關也。執行機關，以對人民使用實力，當諸強制執行之任，為其特色，如警士、兵，及徵收吏員等，即屬其例。執行機關，因官署之委任，亦有法律上之決定權，從而於某範圍內，亦有官署地位。

第二 依於組織之分類

(一) 單獨制機關與合成制機關

行政機關，依其構成人數不同，可別為單獨制機關(einfaches Organ)與合成制機關(jusammengesetztes Organ)。前者即以單獨一人構成，後者以二以上之人構成之。

(二) 獨裁制機關與合議制機關

合成機關，視其構成員間地位平等與否，又可別爲獨裁制機關 (bureaukratisches Organ) 與合議制機關 (Kollegial-organ)。前者其構成員中一人，有優越之地位，唯其一人之意思，有爲機關意思之效力。後者其構成員間，地位相互平等，其機關意思，須由多數表決或其他方法決定之。

第四項 行政機關之構成員

國家人格，依機關而表現，機關行爲，由個人所供給，既如前述。然機關行爲，雖不外爲個人之行爲，而國家機關與構成其機關之個人，究有區別。機關本體，爲法人組織之單位，構成機關之個人，則爲機關之構成員（註五）。此二觀念，實際每易混同，而學理上實有區別之必要，茲臚舉下列各點，以比較說明之。

第一，國家機關，爲國家組織之部分，其設立爲法規所規定，法規苟未修正，機關決不變動，而機關之構成員則否，如其個人死亡或更調，則與機關獨立無關。

其次，國家機關之構成員，僅居於國家機關之地位時，其行爲始歸屬於國家，否則不能視爲國家行爲而有效，如官吏濫用職權場合，自不能以國家之行爲爲目之。

又次，國家機關之構成員，仍保有獨立之人格，得與國家之間，構成法律關係。如官吏與國家間所有之權利義務，卽其關係之內容。而國家機關則否，對於國家，無獨立存在之地位。

國家機關，與其構成員不同，已如上述。行政機關之構成員，通常卽爲官吏。然行政機關，未必盡爲官吏構成。除

對國家服無定量勤務之官吏外，尚有因公法上委任，而從事於特定之事務者，及因私法上契約，而擔任國家之事務者，種類不一而足，茲依次述之如左。

(一) 官吏

官吏 (Staatsbeamte, Fonctionnaire, state official) 者，乃因特別選任，對國家負有忠實的服無定量勤務之義務者也。行政機關之構成員，以官吏為最重要。關於官吏觀念，亦擬另節述之。

(二) 僅受特定事務之委任者

僅受特定事務之委任者，雖與官吏同為國家之所選任，與國家間，有公法上關係，而非如官吏，奉其一身，對國家負有包括的勤務義務，祇就所受委任之特定事務，負其服務義務而已。因之其對於國家所有之關係，亦與官吏不同，非如官吏有領受卹金之權利，服從服務命令之義務，及被付懲戒之責任。其最主要之例，即以非官吏中選任之各種特設委員會之委員屬之。

(三) 依民法上契約擔任一定之職務者

僅任學問技藝或機械性質之事務，而無對外行使國權之職務者，亦不必如官吏，奉其一身，為國家盡其忠實義務。故此種職務，通常即以民法上契約，擔任勤務義務之人充之。如國立大學教授，外籍顧問，及官廳僱用之書記，事務員，勤工聽差等，即屬其例。此等人員，與國家間所有之關係，與私人相互間之關係無異，除有特別規定外，得以

民法規律之。

第二款 行政官署

第一項 行政官署之觀念

行政官署(Statsbehoerden, autorité administrative, administrative authorities or magistracy)者，乃屬於行政首長之下，就一定行政事務，有決定並表示國家意思於外部之權限之機關也。析述之如左。

(一)行政官署國家之機關也

國家機關，為國家之組織部分，非有法律上人格，已如前述。行政官署，為國家機關一種，當亦同其性質。但就行政官署一種，學者中復有自其對內關係觀察，主張認有完全人格或不完全之人格，為較便利者。然實際上不以官署為法人，既無何等不便，而法律上之人格者，或為法人或自然人，而不容有似是而非之中間存在，夫復何苦為此離奇之論說哉？

(二)行政官署隸屬於行政首長之下

行政官署，概於行政首長之下，劃分上下階級，構成隸屬關係(Subordination)。故行政官署，或直接屬於行政首長之下，受其監督，或間接屬於行政首長之下，受其監督。不問何者，要皆受其節制，以統一國家之意思，此之一點，乃行政官署，與他種官署不同之特質也。

(三)行政官署，就一定之行政事務，有其權限。

國家行政事務，至形複雜，不論巨細，勢不能單由行政首長，躬親行之。故必於行政首長之下，置多數之行政官署，使之分掌各種事務。而其事務之分配，則各限有一定範圍，以免互相重複與侵越。行政官署所能代表國家，處理一定事務之範圍，即為行政官署之權限。行政官署有一定之權限，乃與他種行政機關，不同之特點。蓋他種行政機關，雖亦同能處理國家行政事務，而能獨立以其作用歸屬於國家者，則除行政首長外，唯有行政官署而已。故他種行政機關之作用範圍，雖得稱為機關權能(Organbefugnis)，獨不能稱為權限(Kompetenz)。

(四)行政官署，有決定國家意思，及表示之於外部之權限。

行政官署，為國家之意思機關，得決定國家意思，並表示之於外部，在此點上，亦與他種行政機關不同。蓋行政機關，雖有多種，而未必盡有決定國家意思，及與外部交涉之權，且大部分不有此種權限，其所有任務，僅在內部，為官署意思作成之準備，及為他種事務之執行而已。如行政院各部部長，雖為行政官署，而次長、司長及科長、科員等，僅為補助機關。又縣政府縣長，雖為行政官署，而秘書、科長、科員等，亦為補助機關。此外如教育官、技術官等，僅負學術上之任務，而無法律上行為之權限者，亦概非有行政官署性質。

行政官署之觀念，既如右述。故從嚴格解釋，官署一語，係指法律上有國家意思之決定權者而言。如獨裁制官署，僅指長官個人，而不及於其他。然實際上有時用於廣義，以之包括長官及其輔佐官全部而言，如稱某院某部或

某廳，爲一官署是。如此稱謂，於理自屬未妥。惟官署所屬事務，其長官有統轄之責。廣義官署名義所爲行爲，解釋上亦得視爲長官行爲而有效耳。

第二項 行政官署之種類

行政官署，可由種種見地分類，茲擇其最普通者數種，分述如左。

(一) 依於組織之分類

行政官署依其組織，可別爲單獨制，獨裁制及合議制三種。單獨制與獨裁制官署，俱以一人構成，其意思之決定，卽以其一人之意思爲準，從而其責任亦卽集中於一人。合議制官署，通常以三以上之人構成，其意思由全體合議議決，其責任亦由全體分任之。關於官署組織，尙待次項再申論之。

(二) 依於管區之分類

行政官署，依其管轄區域，可別爲中央官署 (Zentralbehoerden, autorités centrales, central authorities) 與地方官署 (Lokalbehoerden, autorités locales, local authorities)。中央官署其權限得及全國，無何地域制限。但其實際職權之行使，不必遍及國內各地，因其事務關係，僅及於一特殊範圍者，亦不失爲中央官署。如外交部長，其主管事務，以涉外關係爲最主要。但其職權，初不以國內一地方爲限。故不問其實際所處理之事務範圍如何，亦得稱爲中央官署。地方官署，其管轄區域，苟非特別擴張，則以一特定之地方爲限。地方官署，又有在內地方官

署與在外地方官署之別。後者如領事官是。

(三) 依於職權廣狹之分類

行政官署，依其職權廣狹不同，可別為普通官署 (Generalbehoerden, autorités générales, general authorities) 與特別官署 (ausnahmebehoerden, autorités spéciales, special authorities)。前者在一區域之內，就一般事務，有其權限。有疑義時，可以從廣解釋之。後者在一區域之內，僅就特種事務，有其權限。有疑義時，則須從狹解釋之。前者如省政府及縣長等是。後者如統稅局長，電政管理局長及鐵路管理局長等是。

(四) 依於設立性質之分類

行政官署，依其設立性質，可別為本質官署與例外官署。前者以國家官署設立，自始即為行政官署。凡為國家直接行政而設立之官署，概屬於此。後者非以國家機關設立，祇因國家事務之委任，偶有國家行政官署之性質。如區鄉鎮長，本非國家機關，特因國家行政事務之委任，例外得有行政官署之地位耳。

第三項 行政官署之組織

行政官署，特別是合成制之行政官署，有獨裁制與合議制之別，既如右述。獨裁制官署，其意思之決定權，屬於長官一人，其一人之意思，即有國家意思之效力。如行政院各部部长及縣政府縣長等，即屬其例。合議制官署，其意思之決定權，屬於多數之人，其多數人之意思，以多數表決或其他方法統一之，始成國家意思，如行政院各委員會

及省政府委員會是。

行政官署，以執行法律爲其主要任務，與議會及司法官署不同，其組織以獨裁制爲原則。蓋獨裁制之組織，權責統一，措置敏活，最合於行政官署之要求也。至其機關任務，首在依法審判或徵集多方意見者，則可例外採合議制，俾其保持公平獨立，或融合關係各方面之意見。

我國自國民政府成立以後，稍反常態，即普通行政官署，亦每採合議制之組織。若但求工作之質，而不求其量，用意未始不可贊許。然合議制之不適於普通行政官署，有如上述。揆諸將來情勢，自非改爲獨裁制，使合於自然之要求不可。

但右述二種制度之間，猶可想像有中間組織之存在，即於合議制上，加以種種程度之獨裁制彩色，或於獨裁制上，多少加以合議制之要素是也。就實際制度觀之，我國現時之行政院院長及市縣長，本皆爲獨裁制官署，而行政院及市縣政府中，更有行政院會議（註六），及市縣政會議之合議制機關，以一定事項，應經其議決，其性質似有決定國家意思之權限者。但若謂爲完全之行政官署，又非所宜。以吾觀之，此等合議機關，不能謂爲獨立官署，祇於正式官署意思決定之過程中，以某等事項爲限，必須經過其議決之程序而已。故其制度之設立，僅欲對於官署之意思決定，加以一種制限，以濟獨裁制之短耳。

第四項 行政官署之權限

權限(Kompetenz compéence, competency)爲官署所能代表國家，處理事務之範圍，已略如前述。蓋國家行政事務，至爲繁曠，決非任何單一機關，所能處理無餘。故必於行政首長之下，設置多數官署，使之分任各種事務。而官署於限定事務之範圍內，乃得代表國家，決定國家思想，而其意思在法律上有爲國家意思之效力。故官署之權限，卽不外官署所能代表國家，而行國家作用之範圍也。權限之觀念，依觀察不同，尙有各殊之稱謂。自其爲國權作用之主觀方面觀之，是爲官署職權(註七)；自國權作用對象之客觀方面觀之，則爲官署管轄(Zuständigkeits)。

一官署之權限，爲國家法令所規定，其性質外爲代表國家事權之範圍，內爲官署行動之界限。故官署之權限，在法律上，發生積極的與消極的兩效果。自積極的方面言之，官署於權限內所爲行爲，有爲國家行爲之效力。苟未經有效撤消或廢止，其行爲不因其官署裁撤，人員更動，或其權限之消滅移轉，而當然受何等之影響。自消極的方面言之，官署人員於權限外所爲行爲，不能視爲國家行爲而有效。職是之故，一官署所有權限，他官署人員不得侵犯僭越。此不特下級官署對於上級官署爲然，卽上級官署對於下級官署，苟無特別法令規定，亦同樣不得侵越之。各行政官署所有之權限，得以左述標準之一二種，而決定之。

(一)事務之種類

行政官署之權限，一面可依事務之種類而決定之(分職制)。蓋行政官署，通常必就限定種類之事務，有管

轄權。是爲官署之實質的權限 (*competentia ratione materiae, sachliche Kompetenz, compétence matérielle, material competency*)。如行政院各部及各委員會，即依內政，財政，教育，實業，僑務，勞工等事務之種類而分設，而各部會長，則僅於其所轄種類事務之範圍內，有其權限。各部會長之下，在各省更有民政，財政，教育，建設各廳；各廳之下，在各縣又有公安，財務，教育，建設各局。如是各依所轄事務種類，絲聯繩貫，遞相維繫，而構成行政官署之統系焉（註八）。

(二) 土地之區域

行政官署之權限，一面可依土地之區域而決定之（分地制）。蓋官署之權限，有時有地域上之限制，僅於所限定之區域內，得行使之，是爲官署之地域的權限。（*competentia ratione loci, örtliche Kompetenz, competence territoriale, local competency*）行政官署權限所及之地域，謂之行政官署之管轄區域，或國家行政之區域（*Verwaltungsbezirk, district administrative, administrative district*）如省政府委員會或縣長等，即自其管轄區域而指稱者也。

(三) 人之範圍

行政官署之權限，有時可依其權力所及之人而決定之。蓋官署之權限，有時並非以一定種類之事務及一定之區域，所能定其管轄，而僅能以其權力所及之一定之人，以定其權限，是爲官署之人的權限，（*competentia per*

tione person, persönliche Kompetenz, compétence personnelle, personal competency) 如國立大學校長，祇能對於該大學之教職員及學生，行使職權；軍隊之司令官，僅能對於所屬軍人及軍佐，有其權限而已。

(四) 行爲之形式

行政官署之權限，有時更可依行爲之形式而決定之，是爲官署之形式的權限，如各種專司審查裁決之委員會，僅有裁決權，而不能爲其他形式之行爲者屬之（註九）。

第五項 官署權限之代行

行政官署之權限，當以該官署自身行使爲原則。但因實際之必要，有時亦得由他機關代行使之。官署權限代行之場合，可分三種，即代理、委任及委託是。但其觀念與私法上之所謂代理或委任，殊有不同。私法上之代理或委任，存於有人格者相互之間，其代理人或受任人與被代理人或委任人間，恆有法律關係存在。而行政法上所謂代理或委任則否，因存於無獨立人格之機關相互間，並不發生法律關係。

第一 代理

官署權限之代理 (Behördenvertretung, représentation official, official representation) 即官署所屬權限之一部或全部，使他機關代行，與其自身行使發生同一效果者之謂也。凡一官署官吏，有事故或曠缺而未有繼任者時，法令每許其他機關，暫時代理，以行權限。此時有其代理資格之機關，依耶里內克之說，謂之複格機

關 (potenziertes Organ)。代理行政，與原官署所為行為，有同一效果，在此一點，與私法上之代理無異。

官署代理，依其發生根據不同，可以別為法定代理，指定代理，及授權代理三種。

(一) 法定代理

法定代理 (Gesetzliche Vertretung, représentation légale, legal representation)，即於一定情形，直接依法規所定而行之代理。此種代理，依法規而當然發生，如依修正國民政府組織法二二條規定，行政院長有事故不能執行職務時，由副院長代理之場合は。此時其代理權之範圍，得及於官署權限之全部。被代理者既無指揮監督之權，而代理行為上之責任，亦由代理者自負之。

(二) 指定代理

指定代理 (bestimmte Vertretung, représentation désignée, designated representation)，即依職權或官署呈請，由行政首長或他官署指定而行之代理。如行政院各部部长，有事故或曠缺而未有繼任者時，由國民政府依職權或依行政院長若該部長之呈請，指定政務次長代理之例是。此時其代理權之範圍及代理上之責任，與法定代理同。

(三) 授權代理

授權代理 (freiwillige Vertretung, représentation volontaire, voluntary representation)，即行政官

署，就其權限一部，授與於其補助機關，而使之代理之謂。依法令規定，行政官署每得任意使其高級屬員，臨時代理其權限。又即無法令明定場合，如事務性質，無須必由該官署親自執行者，亦得使其屬官，臨時代理之。凡授權代理場合，其代理權，常以一部爲限；其範圍即於授權時指定之，且代理人此時仍於原官署監督之下，行其權限。故在此場合，其代理者選任之當否，及對代理者之監督如何，被代理者依然須負相當責任。

第二 委任

官署權限之委任，卽上級官署，就其所屬權限一部，委任於下級官署行使之謂。委任與代理不同，爲官署權限一部之移轉，受委任之官署，得以自己之事務而處理之，其間並無代理關係存在。又委任必行於上級官署與下級官署之間，與代理之行於官署與其屬官之間者不同。

委任既爲官署權限之變更，唯法令有規定時，始得爲之。蓋官署權限，爲法令所規定，欲變更之，自非有同等以上之法令不可也。我國民初時代所發各官制中，例有明文規定，以上級官署對於下級官署，得爲權限委任。現行各機關組織法中，雖無若是明確規定，而法律上似亦容許權限之委任者（參照修正省政府組織法第五條第六款，市組織法第八條第二四款）要之，得爲權限委任場合，受委任官署，須依其委任而執行之。

第三 委託

官署權限之委託，卽一官署就其所屬事務一部，委託他對等官署行使之謂。委託與委任不同，一行於對等官

署之間，而一行於上下級官署之間。故在委任場合，下級官署必須受其委任，不得拒絕；而委託則否，該委託之正當與否，他官署得有審查決定之權。權限委託，亦僅於法令有規定場合，始得行之。

第六項 官署權限之爭議

凡官署莫不依法令所定，有一定之權限，而某事項屬於自己權限與否，得以自己認定而決定之。然法令規定，未必明確而無疑義。因之就其規定解釋，每起管轄爭議。尤其在分職制（即依事務之種類而定其權限者）或分地制（即依土地之區域而定其權限）之二官署間，最易發生爭議，或各主張某事項應歸其管轄，或互相推諉，主張非其權限所屬。凡此場合，概為權限爭議。其各主張屬於自己權限者，謂之積極的權限爭議；其各主張不屬於自己權限者，謂之消極的權限爭議。

權限爭議，自廣義言之，包括生於同一系統之官署間與生於不同一系統之官署間二者。後者另名權限衝突（Kompetenzkonflikt, *conflict d' attribution*），如行政官署與司法官署間之權限爭議是。前者另名主管爭議（Kompetenzstreit, *conflict de juridiction*），即行政官署相互間之權限爭議是。茲所述，當以後者為限。

行政官署之權限爭議，其起於行政院各部或各委員之間者，依修正國民政府組織法第二四條第六款規定，由行政院會議決定之。起於省政府各廳之間者，依修正省政府組織法第十九條規定，由省政府呈請行政院裁決之。起於市政府各局之間者，依市組織法第二十五條第六款規定，由市政府會議決定之。至起於他種行政官署之

間者，法令無一般規定，自法理上言之，如兩者間有共同直接之上級行政官署者，應由上級官署決定之，因其上級官署對於兩者均有監督之權限，當然得以其監督權而決定之也。如兩者間並無共同直接之上級官署者，應由各該上級官署協議決定，協議不成，則最後訴之於行政院，由行政院會議決定之。

第三款 委任行政

國家行政事務，除由國家自身之機關執行外，更委任其一部於他團體或私人，使為國家代行，是為委任行政（*Auftragsverwaltung, administration de mandat, administration of mandate*）。委任行政之受任者，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存在，祇於原有目的之外，有時受國家事務之委任而已。委任行政，係委任於他有獨立人格之團體或個人，自與前述之權限委任不同。又委任行政，係以國家事務委任於他人，通常必依法規，或本於法規之行政行為為之。

委任行政，以委任於鄉鎮公所者，為最顯著（鄉鎮自治施行法第三〇條第二〇款）。蓋國家對於區鄉鎮之行政，不設特別之官署，通常即委任於鄉鎮之自治機關辦理之。而實際上鄉鎮公所為國家而執行之事務，有較本職上原有事務，尤形繁重之概焉。此外私團體或個人受國家行政之委任者，亦間有之。總之，委任行政機關，亦為國家行政組織中之一單位，茲為略述如左。

（一）自治團體

自治團體，本為獨立行政主體，有其固有目的，因是有其固有事務。然於固有事務範圍之外，每受國家委以行政事務，使其辦理。如市縣政府委任於鄉鎮或農會商會辦理之行政，即屬其例。委任自治團體辦理之事務，即稱委任事務。其詳尚待自治行政章中述之。

(二) 私法人或個人

私法人或個人受行政事務之委任者，其例較少。僅以受國庫出納事務委任之私立銀行，及受通行稅徵收委任之商辦輪船或汽車公司等例屬之。惟私法人或個人，既受國家行政事務之委任，於某範圍內，對國家乃有依命執行之義務。

第四款 行政監督

第一項 行政監督之觀念

國家行為，由多數機關所表現，其多數機關又由多數人員所構成，既如前文所述。故國家為保持人格之統一，及督促其事務之進行起見，對於多數機關人員，乃非加以干涉不可。國家為此目的而為之干涉，是為監督國家之監督作用，其為行政上目的，且以行政行為而行者，即為行政監督。故行政監督（Aufsicht ueber die Verwaltung, surveillance sur l'administration, inspect of the administration）者，實不外國家為行政上目的，以行政行為，對行政機關之構成員，所加之監督作用也。就此定義，更為析述如左：

(一)行政監督，爲國家行政上之目的，而行之監督作用也。

監督一語，自廣義解釋，乃欲他人行爲合於自己目的，對其行爲不斷加以注意，必要時且加干涉之謂。由是言之，指揮一語，實得包含在內。因指揮一語，亦不外指示他人，使之合於自己目的而行動也。在實際用例中，有時單稱監督，有時指揮監督並用，在語義上原各有所區別。但除法令特有表示，或職權範圍特有限制外，概可以廣義監督解釋，其間並無何等之差別也。監督必爲某種目的而行，其爲自治行政上之目的而行者，爲自治監督，爲國家行政上之目的而行者，爲行政監督。故行政監督，在目的上，得與自治監督區別。

(二)行政監督，以行政行爲而爲之監督作用也。

國家對於行政機關人員，所爲之監督，依其形式，可以別爲五種：一曰立法監督，由立法機關，以立法行爲爲之，如立法院關於預算案之審議是。二曰司法監督，由司法機關，以審判行爲爲之，如行法院或司法院所爲之行政審判或民刑審判是。三曰考試監督，由考試機關，以考銓行爲爲之，如考試院對於行政官吏資格能力之檢定甄別是。四曰監察監督，由監察機關以彈劾行爲爲之，如監察院對於行政官吏之彈劾是。五曰行政監督，由行政機關以行政行爲行之，卽次項所述之監視或訓示是也。前之四者，雖同爲國家對於行政機關人員之監督，而於行爲之形式上，各與行政監督不同。其各種之學理，或屬於憲法學中研究，或屬於司法法學之範圍。茲所論，以行政行爲之監督爲限。

(三)行政監督，對於行政機關之構成員所加之監督作用也。

行政監督之主體，即屬國家，而國家之一切作用，皆由機關行使。故行政監督，亦不外由機關行之。施行監督作用之機關，即稱監督機關。受其監督之客體，則行政機關之構成員，而非行政機關本體。行政機關，在法律上為國家自身之一部，以國家自身而監督自身，殊非法律上之正常觀念。正確言之，行政監督，乃監督行政機關人員，使之盡其機關任務之謂。通俗用語上所謂行政機關之監督，須以此之意義解釋之。

第二項 監督機關

行使監督權之機關，即為監督機關，已如右述。監督機關，不以官署為限；即補助機關亦得為之。孰為監督機關，須依法規視其所監督之人員決定，大抵可分二種：一為對於官吏有勤務之請求權者，即其所屬之長官是。一為不有勤務請求權，僅就特種事務，行使其監督權者，即其他特別之監督機關是。由特別監督機關所為之監督，稱曰旁系監督(Aufsicht in seitenlinie)。由所屬長官所為之監督，稱曰直系監督(Aufsicht in gerader Linie)。直系監督，其監督者，必為被監督者之職務上長官。原則得下職務命令。而旁系監督，只依法規所定，就特定事務，得為監督而已。

直系監督機關之間，設有上下級之區別。凡對一機關人員，得有監督權者，為上級機關，其被監督人員所構成者，為下級機關。如行政院各部，就其主管事務，得監督各地方行政長官，乃為上級機關；其各地方行政長官所構成

者，則爲下級機關。其上下級之關係，名爲行政階級（Verwaltungsklasse）各種行政機關，統於行政首長之下，以第一級第二級，以至最下級之區別，組成整個之行政系統（Verwaltungslinie）。

第三項 監督方法

監督方法，依各機關事務之種類及性質，各有不同。祇從實質上言之，可以別爲監視，訓示，及撤消停止三種。

（一）監視

監視以視察員吏行動之現狀爲目的，如派員檢閱事務實際，定期或臨時徵集文書報告等是。監視得以明瞭吏員行爲是否合乎法規，適於公益，及有無怠慢逾越等情弊，以作他種監督作用之參考。故監視僅有消極的效果，只足引起他種監督作用之動機而已。惟監視既足引起他種積極監督之動機，實爲他種監督之要件。即無法令特別規定，亦得依監督權當然爲之。

（二）訓示

訓示以指揮吏員行動之方針爲目的，或依長官之職權而發，或依吏員之請求而發，前者稱爲訓令，後者稱爲指令；或以一般抽象之法則而發，或就特定之事件而發，前者即爲處務規則，後者即爲職務命令。凡受訓示之人，概爲構成機關吏員，而非機關本體，已如右述。然吏員殊不以現在構成某機關者爲限，即將來構成某機關者，亦得接受訓示。

(三) 撤消或停止

撤消或停止，以撤消或停止官署行爲之效力爲目的。凡上級官署之長官，對於下級官署之命令或處分，認爲違法或不當時，得使下級官署之吏員，以其自己之處置，撤消或停止之。而下級官署之吏員，接受其命令時，應以其官署之處置，爲撤消或停止之作用。撤消所以使既成立之行爲，溯及既往，失其效力；停止則僅使自停止日起，失其效力，其詳尙待次章論述。要之，撤消或停止，得依上級官署之監督權當然而爲，毋待法律明文規定，然其權力須受一般原則之限制，如既有確定力之行爲，則上級官署已不得更動之矣。

上述三種監督方法，爲通常監督方法，除此之外，尙有所謂特別監督。特別監督，非監督作用之性質上，當然所有之作用，乃越普通監督作用範圍，而干涉被監督吏員之行爲。故其監督僅法令有特別規定場合，始得爲之。如監督官署之長官，依法令規定，得逕撤消或停止下級官署所發之命令或處分，及代執行下級官署之權限，卽其最主要之例。

監督官署之長官，對於官署命令之撤消或停止，通常祇能使被監督吏員，以其自己處置爲之，已如右述。蓋監督官署之監督權，原則上僅能對於被監督之吏員，與以影響，而被監督官署與第三人間之關係，非其當然所得干預也。故監督官署，直接撤消或停止被監督機關之行爲，勢非有特別法令之根據不可。現行行政院各部組織法規定：「各部就其主管事務，對於各地方最高級行政長官之命令或處分，認爲有違背法令，或逾越權限者，得請由行

政院院長，提請國務會議（即行政院會議）議決後，停止或撤消之。」省政府組織法第三條規定：「省政府對於所屬各機關之命令或處分，認為違背法令，逾越權限，或其他不當情形時，得停止或撤消之。」此等明文，即所以規定其特別監督之根據也。

上級官署之監督權，以不包含代執行權為原則。因法律上屬於下級官署權限之事務，唯其下級官署，始得執行之也。故監督官署，代庖下級官署之權限，亦唯法令有特別規定時，始得為之。

第三節 國家行政組織梗概

第一款 中央行政組織

第一項 沿革

自民國成立以來，中央行政組織，幾經變更，茲以國民革命為界限，劃分兩個時期而說明之。

第一 自民國成立至民國革命稍前時期

辛亥革命起義之初，即有各省代表，會於武昌，議決臨時政府組織大綱二十一條，作為臨時憲法。旋因革命勢力進展，設臨時政府於南京，選孫中山為臨時大總統，中華民國乃告成立。其時行政組織，採總統制，以臨時大總統為行政首長，大總統下，設陸軍，海軍，司法，外交，財政，內務，教育，實業，交通九部，為第一級中央行政官署（臨時政府

組織大綱第十條。)元年三月，臨時約法公布，四月遷都北京，自此中央行政組織，原則改內閣制，祇國務員之任命，須經國會同意一點，尚仿美制而已。此時行政官制，除約法有規定外，概以命令定之。如國務院官制，各部官制，通則，各部官制等，即其主要者也。依此等官制規定，當時中央行政官署，可以分述如次：(1)國務院，國務院由國務總理與各部總長，以國務員之資格組成。(臨時約法第四三條，國務院官制第一條及第二條。)本為協議國務，輔佐總統，而代負其責任之合議機關。然他面得決定國家意思，及表示之於外部，亦有行政官署地位。惟自其所有權限觀察，國務院殊非主要中央官署。因中央之主要行政事務，原則上已分配於行政各部，其不屬於行政各部主管者，則先由國務總理轄之，僅不屬於國務總理管轄事務，最後乃屬於國務院而已。(國務院官制第九條。)(2)國務總理。國務總理為國務員之首領，於國務院中，概括全院，保持行政統一。(國務院官制第三條。)其地位頗為重要。然法律上，與他國務員之間，非有上下級之關係，且與各部總長，同為行政官署，以不屬各部主管之某範圍事務為限，屬其管轄。其所屬機關，有法制局，銓敘局，印鑄局，蒙藏事務局，臨時稽勳局，法典編纂局，及審計處等。(3)各部總長。各部總長，一面為國務院一份子，以當輔佐總統之任，他面為獨裁制之中央官署，分任中央行政事務之一部。依當時官制規定，計設內政，外交，財政，陸軍，海軍，司法，教育，農林，工商及交通十部。各部主要職權，約為如下各種：(a)關於主管事務之範圍內，一切國家行為之立案及準備；(b)就其主管事務，對於下級官署之指揮監督；(c)所屬官吏之指揮監督；(d)就其主管事務，發布部令。至於各部補助機關，實際不能一律，祇依各部官制通則，通常設次長

一人，參事二人至四人，司長各司一人，祕書四人，僉事八人以下，此外並置主事技術官等。各司爲辦事便利起見，又各分爲數科，各置科長科員等，其分科規則，概由總長定之。

至民國二年之末，各部官制，略經修正，併農林工商二部，爲農商一部，管理農林、水產、牧畜、工商及鑛之事務。其他各部之司及員額，亦略有變更。惟時袁世凱爲大總統，以臨時約法於已束縛過甚，要求國會增修約法，擴大總統權限。國會以正在起草憲法，未之容納。袁氏因解散國會，另召集所謂約法會議，制定新約法，於三年四月二十九日公布。此新約法，除極度擴充國家元首之特權外，凡官制官規之制定，及國務員並外交大使之任用，皆規定由總統自決，無須參議院同意。於是設政事堂，以代國務院，置國務卿一人，以爲贊襄，各部總長，均對總統直接負責。但袁氏野心，猶未餒足，同年十二月，改總統爲終身職；四年十二月，又改總統爲洪憲皇帝。頒發勳爵條例，一復帝制之舊。嗣因各地軍民，反對甚烈，五年三月，帝制覆滅，六月六日，袁氏身死。翌日，黎元洪以副總統就大總統職，先後下令，恢復元年約法，召集國會，改定官制。此時中央行政組織，係折合元年及三年時代之諸官制而成。即依五年政府組織令，國務會議規則，政府直屬官制，及三年各部官制等所定，設國務總理，國務院，各部總長，及國務總理直屬之法制局，銓敘局，印鑄局，統計局，全國水利局，幣制局，及僑工事務局等。

六年春夏之際，歐戰方殷，段內閣主張參戰，於是武人干政，政變迭起。先之以內閣與議會之衝突，繼之以黎氏之被迫解散國會，終之以張勳之復辟，及黎氏之下野。至同年七月，馮國璋繼任總統，段琪瑞仍爲國務總理，下令召

集新國會。七年九月，新國會因安福系之操縱，改選徐世昌爲大總統。但至此爲止，中央官制，猶無變更。

當國會再度遭解散時，民黨議員集居上海，力謀恢復。及馮段當國，下令召集新國會，民黨首領孫文，以北京新政府，承認國會非法解散，破壞約法，乃倡言護法，率留滬議員，南下廣州。於六年八月，組織非常會議，制定軍政府組織大綱，籌設軍政府，並由非常會議，選出大元帥一人，元帥三人。以大元帥爲國家行政首長，下設外交，內政，財政，陸軍，海軍，交通六部，各置總長一人，由非常會議選出，咨請大元帥特任之。軍政府又設都督若干人，以各省督軍，贊助軍政府者充之。九月一日，完全組織成立。至七年五月，非常會議，復修正軍政府組織大綱，撤消大元帥制，改設政務總裁七人，以合議制，總攬國政。下設政務院，內分行政各部，贊襄總裁，管理各種行政事務，並對國會負責。自是西南政局漸固，非常會議，亦旋改稱正式國會。直至十一年止，與北方政府，構成對立形勢。

一面北方政府，武人爭政，十年直皖一役，段閣倒潰。十一年奉直又戰，直系戰勝，曹錕吳佩孚，入掌政權。恢復法統，迎黎元洪復總統職。旋又召集舊國會，宣言取消廣州之護法政府。其間西南政府，亦經幾度變革。九年冬，孫文會再召集非常會議，改組軍政府，自任大總統職。至十一年六月，舊國會恢復，護法告終，乃撤消總統，仍稱爲大元帥。然北方舊國會召集後，議員徒受賄買，雖經制定憲法，選舉總統，而因各方反對，終無成效。

迨十二年奉直再戰，馮玉祥倒戈，曹吳下野，各省擁段琪瑞主政。段氏於十三年十一月入京，另組織臨時執行政府，以臨時執政，總攬軍民諸政，對外代表國家，下設行政九部，由各部總長，合組國務會議，以執政爲其主席。此國

務會議，實併國會內閣之權力而兼有之。臨時執政政府成立，段氏復召集善後會議，十四年四月，組織臨時參政院，輔佐臨時執政，議決重要提案。同年十二月，又改執政政府爲內閣，除由執政總攬政務，發布命令，統率海陸軍外，其下增設國務院，置國務總理，一切政治責任，概由國務院負之。未幾張作霖率師入關，自稱爲安國軍總司令。十六年三月，組織軍政府，以大元帥於軍政時期，行使統治權，下設國務院，由總理暨十部總長組織之。十七年春，南京國民政府，大舉北伐，五月黨軍入京，其軍政府遂告消滅。

第二 自國民政府成立至最近時期

孫中山以開創民國偉人，遭受軍閥壓迫，轉輾奔走於國內外，繼續革命，最後決定以廣州爲根據地，組織政府，進行北伐，略如右述。溯自十一年改稱爲大元帥後，孫氏決將國民黨改組，於十二年十月，召集改組會議，十三年一月二四日，於廣州開第一次全國代表大會，組織第一屆中央執行委員會。自此厲行以黨治國，設政治委員會，辦理黨務及政治；設軍事委員會，主持軍務，均以總理或大元帥爲最後之決定。十四年三月十二日，總理逝世，遺囑同志繼續努力革命。十四年，中國國民黨，遂以蔣介石爲總司令，同年七月出兵，至十七年，統一全國。中國行政組織，於此乃起根本變革。先是中國國民黨，於第一次全國代表大會，規定最小限度之政綱時，曾通過組織國民政府之議案。十四年六月，由政治委員會議決，改稱革命政府爲國民政府。同年七月一日，正式成立國民政府於廣州。依當時之國民政府組織法規定，國民政府採委員制，以若干委員組織，其中並推一人爲主席，五人爲常務委員，受中國國民

黨之指導監督，掌理全國政務。國府委員會下，先設軍事、外交、財政三部，有添部之必要時，得再添設之。各部部長，即由國府委員兼任，分掌各種中央行政事務。其間北伐軍着着進展，粵中央黨部及國民政府，皆隨軍事勝利，次第北遷，先抵南昌，次蒞武漢。十六年三月，於武漢修正國民政府組織法，擴大組織，添設交通、司法、教育、勞工、實業及衛生等部，各部組織，各以組織法規定；至軍事，則另設軍事委員會以管理之。旋因黨中共黨份子，謀竊政權，到處擾亂。黨中一部委員，除厲行清黨外，並本總理遺志，移建中央黨部及國民政府於南京（依十四年之國民政府組織法組織）。未幾武漢諸同志，亦為清黨之舉，與寧方見地一致，撤消原留之中央黨部及政府，寧漢遂以合作。十七年二月，二屆四中全會，在南京開會，修正國民政府組織法，改勞工實業二部為農礦工商二部，廢教育部，以大學院掌管教育行政；並新設建設、軍事、蒙藏、僑務等委員會。各部及各委員會，均為中央行政官署，直隸於國民政府，而受其指揮監督。要之，至此為止，國民政府之行政組織，與前北京時代，迥然不同。行政首長，改獨裁制之大總統為國民政府委員會，其委員由中國國民黨中央執行委員會選任，恰與蘇俄之人民委員會相似；行政各部部长，由委員兼充，亦與蘇俄之人民委員之兼為各部部长者同。惟蘇俄之人民委員，除主席外，皆各兼一部長之職，而國民政府委員，則儘有不兼部長者耳。

十七年中國國民黨既以兵力掃除軍閥，統一全國之後，乃由軍政時期而入於訓政時期。同年九月，二屆五中全會，乃決議改定政府組織，建立五院規模，試行五權之治。修正國民政府組織法及各院組織法，即於同年十月先

後公布。依新法規定，行政首長，原則爲委員制之國務會議，其不便以會議行使之職權，則由國民政府主席擔任之。國民政府之下，設行政、立法、司法、考試、監察五院，各設正副院長，全由國府委員兼任。至各院內部組織，則頗有不同。就中行政一院，除於院內設行政院會議，及秘書政務兩處外，分設內政、外交、軍政、財政、農礦、工商、教育、交通、鐵道、衛生十部，及建設、蒙藏、僑務、禁烟等委員會。直隸於行政院院長，分掌各種行政事務。至向屬於行政系統之司法部，則已改爲司法行政部，而隸屬於司法院矣。

自是以還，中央行政組織，暫無多大變動，祇行政各部及其內部組織，時有裁添而已。初添設海軍一部，卽以軍政部之海軍署，擴充獨立。十九年十一月，三屆四中全會議決，改稱前此之國務會議爲國民政府會議，改稱行政院會議爲國務會議，併農礦、工商二部，爲實業部；裁撤衛生部，改設衛生署於內政部。嗣又改隸建設委員會於國民政府。二十年五月，訓政時期臨時約法公布，國民政府之組織，隨亦修正，但行政組織，猶仍其舊。同年十二月，四屆一中全會，對於國府組織，又加修改，改國民政府會議爲國民政府委員會，改國務會議爲行政院會議，並改國民政府主席及委員，各院正副院長，一律由中國國民黨中央執行委員會選任。國民政府主席爲國家元首，不負實際政治責任。院長不兼國民政府委員，直接對於中央執行委員會負責，實行所謂責任院長制。凡國民政府之命令處分，以及關於軍事動員之命令，除由國民政府主席署名外，須經關係院長部長副署，始生效力。此外，關於行政組織，變更甚少，僅將原屬司法院之司法行政部，劃歸於行政院。但至二三年十月，此部又已改隸於司法院矣。至於各部內部司

署之變更，茲不詳記。總之，自十七年以後，中央行政組織，已漸脫去蘇俄人民委員會之臭味，一依建國大綱之精神，循序演進，寢具訓政時期之楷模矣。

第二項 現行中央行政組織

現行中央官制，概以法律制定，以國民政府組織法、行政院組織法、行政院各部及各委員會組織法等，為最主要，茲依現行法規，分述各級中央行政組織如左。

(一) 行政院

行政院名辭，在國法上包括行政院院長，行政院會議及其補助機關全體，就中以院長為其官署，惟為調節獨裁，統一政策起見，關於特定事項，須經行政院會議議決。行政院院長，與舊時內閣制下之國務總理不同，與各部會長，既無連帶責任，亦不與各部會長，立於同等地位，分任行政事務一部；乃處於各部會長之上，而為全國最高行政官署。關於一般行政事務，得依法律發布院令；對於一般人民，得為行政處分及其他行政行為。此外，並得指揮監督內部職員及所屬機關。至行政院會議，由行政院院長，副院長及各部會長組織，凡提出於立法院之法律案，預算案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案，並其他重要國際事項；薦任以上行政官吏之任免；各部會間不能解決之事項；及其他依法律或院長認為應付議決之事項，均應經其議決。

行政院內，設秘書政務兩處，為院長之補助機關。秘書處設處長一人，秘書科員各若干人，掌理文書收發分配，

文件撰擬翻譯，委任職員任免，各會計庶務等事項。政務處設處長一人，參事科員各若干人，掌理關於行政院會議事項；應提出於國民政府委員會，或國民政府委員會發交本院之議決事項；應提出於立法院及立法院咨送本院事項；及撰擬命令等事項。

(二) 行政院各部

(甲) 各部

行政院各部，包括各部部長及其補助機關全體，為第二級中央行政機關，分掌各種行政事務。各部主管事務如下：(1) 內政部「管理全國內務行政事務。」(2) 外交部「管理國際交涉，及關於在外僑民，居留外人，中外商業之一切事務。」(3) 軍政部「管理全國陸空軍行政事務。」(4) 海軍部「管理全國海軍行政事務。」(5) 財政部「管理全國財務行政事務。」(6) 實業部「管理全國實業行政事務。」(7) 教育部「管理全國學術及教育行政事務。」(8) 交通部「管理經營全國電政，郵政，航政，除法律別有規定外，並監督民營交通事業。」(9) 鐵道部「規劃，建設，管理全國國有鐵道，國道，及監督省有民有鐵道。」各部事務，如有主管不明，而涉於兩部以上之權限者，由行政院會議定其管轄，如有須與他部往返交涉者，則與他部協議之後，決定辦理之。

各部以獨裁制之部長，為其長官，部長對於部務，有綜理之責。其職權可以分述如下：(1) 就其主管事務，得依法律發布命令，即所謂部令。(2) 對於一般人民，得為行政處分及其他行為。所謂行政處分及其他行為，當指部令

以外之一切行爲而言。惟實際上直接對於人民而爲之作用，祇以特種事項爲限，一般行爲，概由各地方行政官署直接爲之。(3)就其主管事務，對於各地方行政長官，得爲指揮監督。依各部組織法規定，有謂：「對於各地方最高級行政長官……有指揮監督之責。」然實際上，屬其監督之各地方行政長官，乃省政府各廳廳長以下之各級長官而已。省政府委員會，直轄於行政院院長，不屬於其監督。故所謂「各地方最高級行政長官」，僅能作省政府各廳廳長等各地方行政長官解之。(4)對於所屬官吏，及其他職員，得爲身分上之監督。就其進退獎懲，得以專斷，或提出行政院會議議決後行之。

各部部长之下，設有多數補助機關。其種類各部不同，惟次長、司長、參事、秘書及科長科員等，各部皆共通有之。此外顧問及專門人材，遇必要時，乃聘用之。次長各部二人，一爲政務次長，一爲常務次長。內政、軍政、海軍、財政、實業等部，於各司外，更有廳、署，處之組織，各置廳、署、處長，其地位略與司長同，祇軍政部中，司爲廳、署之細分。又內政、實業等部，爲辦理技術事務，並得置技監、技正及技士。內政部爲考察各地方內政成績，得置視察。教育部爲視察及指導全國教育，得置督學。各部所設司、廳、署、處，大體如左。

(1) 內政部設衛生署，及總務、民政、統計、土地、警政、禮俗六司。

(2) 外交部設總務、國際、亞洲、歐美、情報五司。

(3) 軍政部設總務廳、陸軍、軍需、航空兵工四署，及審查處。

(4) 海軍部設總務，軍衡，軍務，艦政，軍學，軍械，海政七司，及經理處。

(5) 財政部設關務，鹽務二署，總務，賦稅，公債，錢幣，國庫，會計六司，及菸酒稅，印花稅，及捲菸統稅三處。

(6) 實業部設林墾署，及總務，農業，工業，商業，漁牧，鑛業，勞工七司。

(7) 教育部設總務，高等教育，普通教育，社會教育，蒙藏教育五司。

(8) 交通部設總務，電政，郵政，航政四司。

(9) 鐵道部設總務，業務，財務，工務四司。

各部補助機關，補助部長之方式有二，其一，輔佐部長所管事務之全部者，是為全部補助。全部補助機關，即次長是。次長襄理部長，處理部務，監督所屬職員。其二，補助部長所屬限定種類之事務者，是為局部補助。局部補助機關，又得依事務種類，區別為二：一總務機關，二特務機關。總務事務，與人民直接無涉，首在各部事務之整理，其事項為法規所定。特種事務，乃總務以外之事務，其各種事項，亦為法規所定。補助總務機關，在軍政部為總務廳，其他各部為總務司。補助特務機關，即各署處及司是。各廳署處及司，通常更就其事務，細分為若干項目，分設各科以補助之。

各部輔佐官，除次長外，皆為局部補助機關職員。各司廳署處之長，掌理各該司廳署處事務，監督所屬職員，其中署長一種，對外並有官署地位。參事掌審議立案，及其他臨時交辦事項；秘書掌機要及其他長官交辦事項；科長

科員，承長官之命，分掌各科事務。

(乙)各部附屬機關

各部部長之下，更有各種所屬機關，論其性質，有僅爲部長之諮詢機關者，如各專門委員會是。有爲第三級以下之中央官署者，如各部直轄學校及局廠等是。茲舉其主要者各種如左。

(1)內政部有編審委員會，財務委員會，電影檢查委員會（與教育部合辦），警官高等學校，北平地產清理處，北平壇廟管理處，華北水利委員會，太湖流域水利委員會，北平古物陳列所等。

(2)外交部有條約委員會，外交討論委員會，駐滬辦事處，特派員辦事處，視察專員辦事處，國際聯合會代表辦事處，駐外各大公使館，各總領事，領事，副領事館等。

(3)軍政部有營產整理委員會，兵工專門委員會，各軍牧場，各軍械局，各軍械庫，軍用電話局，軍用無線電臺管理局，中央陸軍防疫處，各後方醫院，各陸軍醫院，軍醫學校，獸醫學校，殘廢軍人教養院，各飛機場管理所，各航空站，首都航空工廠，軍需學校，各被服廠，糧秣廠，北平製呢廠，武昌製革廠，工程處，各地區軍需局，各地營房保管處，各兵工廠，兵工材料廠，兵工專門學校，火藥廠，上海鍊鋼廠，理化研究所，各要塞司令部等。

(4)海軍部有各艦隊司令部，各要港司令部，各地造船廠，各地海軍學校，海軍航空處，海軍編譯處，海軍測

量局，海道巡防處，海軍軍械處，海軍執法處，海軍交通處，海軍軍醫處，引港傳習所等。

(5) 財政部有國定稅則委員會，稅務整理委員會，會計委員會，各海關，各鹽運使，各樞運局，鹽務稽核所各省區統稅局，北平官產總管處，各造幣廠，各省印花菸酒稅局等。

(6) 實業部有專門委員會，訴願審理委員會，中央農事推廣委員會（與教育部合辦），漁業改進委員會，工業標準委員會，獎勵工業技術審查委員會，國營基本工業工廠設計委員會，水力委員會，技師審查委員會，國營鋼鐵廠籌備委員會，商約研究委員會，國貨審查委員會，會計師資格審查委員會，工廠檢查委員會，勞工衛生委員會，勞工教育設計委員會（與教育部合辦），農產物檢驗所，中央農業實驗所，農產種子交換所，各地種畜場，棉業試驗場，中央蠶絲試驗場，林業試驗場，中央模範林區管理局，祈門茶業試驗場，中央工業試驗所，商標局，各地商品檢驗局，國際貿易局，全國度量衡局，駐外商務專員，國貨陳列館，地質調查所，各鑛務監督處，海洋漁業管理局，護漁辦事處等。

(7) 教育部有大學課程及設備標準起草委員會，小學課程及設備標準編訂委員會，中小學訓育標準編訂委員會，職業教育設計委員會，民衆教育委員會，國語統一籌備委員會，注音符號推行委員會，體育委員會，華僑教育設計委員會，古物保管委員會，國立編譯館，各國立大學，各國立學院，國立圖書館，國立博物院籌備處，國立中央圖書館籌備處，國立教育館籌設處，南京古物保存所，留日學生監督處等。

(8)交通部有國際電信交涉委員會，法規委員會，職工事務委員會，購料委員會，船舶檢查委員會，各電報局，各省電政管理局，各電話局，各長途電話管理處，國際電信局，電信機械製造廠，各無線電總臺，郵政總局，郵政儲金匯業總局，各航政局，吳淞商船學校，揚子江水道整理委員會，國營招商局，東方大港籌備委員會，北方大港籌備委員會等。

(9)鐵道部有購料委員會，鐵道技術標準審查委員會，統一鐵道會計委員會，購料管款委員會，鐵道技術員資格審查委員會，職工教育委員會，聯運處，貨物負責運輸委員會，留美學生監督處，交通大學，各鐵路管理局，各工程局，鐵路醫院，路警管理局等。

(三)行政院各委員會

行政院各委員會，包括各該委員會及其補助機關全體而言。其地位與各部並，但爲例外組織，僅掌特定行政事務而已。依行政院組織法規定，行政院設蒙藏，僑務，禁烟，及勞工四委員會，但勞工委員會迄未組織成立。各委員會主管事務如下：(1)蒙藏委員會「掌理蒙藏行政，及蒙藏各種興革事項」(2)禁烟委員會「督理全國禁烟事宜」(3)僑務委員會「於不與駐外使領館及各院部權限相抵觸之限度，掌理關於本國在外僑民移殖保育一切事務」

各委員會，以合議制處理事務，與各部部长同爲第二級中央行政官署，就其主管事務，得依法律發布命令，對

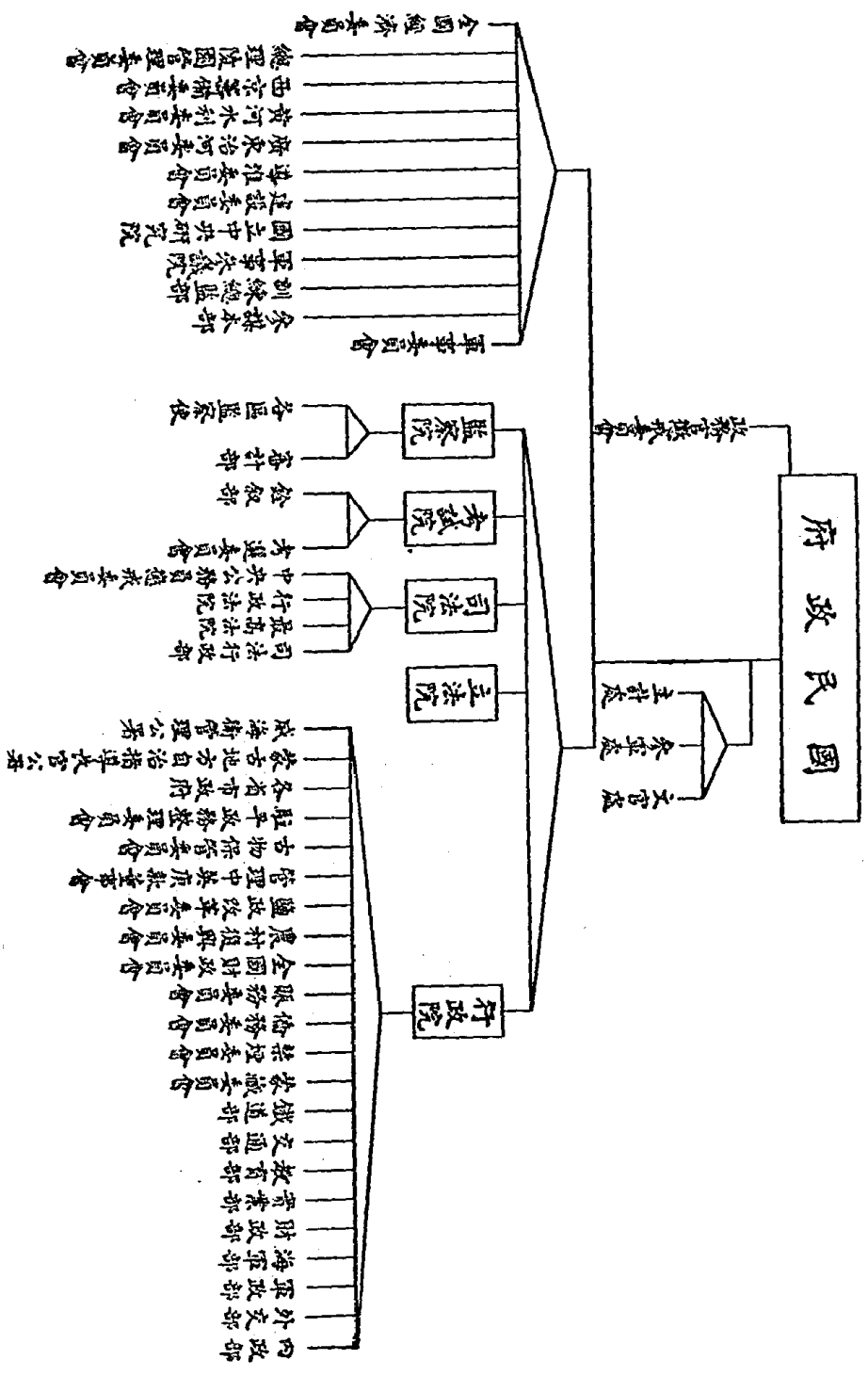
於一般人民得爲行政行爲，並得指揮監督內部職員，及其所屬機關。各委員會及其補助機關之組織，約略如次：

(1) 蒙藏委員會，由國民政府任命之委員十五人至二十一人，及委員長副委員長組織；委員會下，設總務、蒙事、藏事三處，各置處長一人，科長科員若干人。(2) 僑務委員會，由國民政府任命，委員若干人及委員長副委員長組織，委員會下，分設僑務管理及僑民教育二處，各置處長一人，科長科員若干人。(3) 禁烟委員會，由內政、軍政、外交、交通、財政、鐵道、司法行政等部部長，及國民政府任命之委員九人至十三人組織，就中指定委員長及副委員長各一人；委員會下，設總務查驗二處，各置處長一人，科長科員若干人。

各委員會下，除右述之補助機關外，尚有少數之附屬機關，且亦有第三級以下中央行政官署之性質者，因非主要組織，茲不列述。

中央行政組織，除上述行政院及各部各委員會等主幹機關外，尚有各種特設機關，或直隸於國民政府，或隸屬於行政院。其直隸於國民政府者，如軍事委員會，參謀本部，訓練總監部，軍事參議院，國立中央研究院，建設委員會，全國經濟委員會，導淮委員會，廣東治河委員會，黃河水利委員會，西京籌備委員會，總理陵園管理委員會，內外債整理委員會，北平故宮博物院，指導整理北平市文化委員會，政務官懲戒委員會等是。其隸屬於行政院者，如全國財政委員會，農村復興委員會，賑務委員會，鹽政改革委員會，中央古物保管委員會，管理英國退還庚款董事委員會，駐平政務整理委員會，蒙古地方自治指導長官公署，西陲宣化使公署等是。關於此等機關組織，姑不詳述。

圖 統系政行府政民國



第二款 地方行政組織

第一項 沿革

第一 自民國成立至國民政府成立時期

民國成立以來，地方行政從未爲中央所統一。初以各省都督，兼爲行政長官。省內行政區域，改前清三級制爲一級制，或稱爲府，或稱爲縣，或襲用州廳名稱，概置知事，爲其長官。至二年一月八日，乃以教令公布劃一現行各地行政官廳組織令，統一地方組織。依此教令，除蒙藏青海等特別區域及順天府外，地方行政區域，分省、道、縣三級。各級組織如下：（1）省爲上級地方行政區域，設省行政公署，以民政長爲其長官，掌理省之行政事務，監督所屬機關，並依各部總長之臨時委任，管理各部所屬事務。民政長下，設司長，祕書，科長，科員，技正，及技士等輔佐官。科長技正以上，皆由大總統任命，科員技士，得由民政長自委任之。司分爲四，卽內務，財政，教育，及實業是。（2）道爲中級地方行政區域，設道行政公署，置觀察使，爲其長官，辦理各該道之行政事務，及省行政長官之委任事項。觀察使下，設科長，科員，技正，及技士等輔佐官。科長技正，由觀察使按級呈請國務總理，薦請大總統任命，科員技士，由省民政長委任之。科分爲四，名目與省公署之司同。（3）縣爲下級地方行政區域，設縣公署，以知事爲其長官。知事由民政長薦請大總統任命，管理縣行政事務，及省道行政長官之委任事項。縣知事下，亦設科長科員及技士等輔佐官，概由民政長委任，科之設置，視其事務繁簡定之。此外又以順天府爲首都所在，設爲特別行政區域，以府尹爲長官，其職權

與省之民政長同，其補助機關，則與道行政公署相似。至蒙藏青海以及其他邊遠地方，則因特別情形，未行軍民分治，即以原有之都統，將軍及辦事長官等，兼任各該地方行政長官。

至民國三年，右述之地方行政組織，又經變更。地方行政區域，全國改設二十二行省，五特別區，其內分設九十七道，一千七百九十一縣。自此以後，道縣之數，續有增加，而機關組織，除民五改巡按使爲省長外，暫無變更。其組織大略如下：(1)省爲上級地方行政區域，初以巡按使爲其長官，後改稱省長。省長有管理省內一般行政事務之責，對於一般行政事務，得發省令；必要時得請求兵力，以濟所轄巡防警備等隊之不足；對於所屬官吏及機關，得爲監督；此外並得兼理財政及司法行政等事務。省長之下，設政務廳，置廳長一人，襄助省長，辦理事務。廳內又依事務繁簡，分設總務、內務、教育、實業各科，各置科長科員等。各科名稱，後改用順數，稱第一第二乃至第四各科。省內爲處理特種行政事務，又設特種行政官署，即財政廳、教育廳、實業廳、外交特派員、省電報局、郵務局等是。此等特種官署，原則上隸屬中央行政各部，受其指揮監督，惟爲實際便宜計，亦得依官制規定或各部部长之委任，使各地方長官管轄之。(2)道爲中級地方行政區域，以道尹爲其長官。道尹有執行道內一般行政事務之責，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，有監督權。依官制規定或省長委任，亦得監督財政及司法行政等事務。道尹之輔佐官，其職掌與員額，詳由省長核定後決定之。(3)縣爲下級地方行政區域，以知事爲其長官。知事得依法令，執行縣內一般行政事務，就其主管事

務，得發縣令，並得調遣警備隊，請求兵力，及監督所屬機關。知事之輔佐官，其職掌員額，詳由道尹轉詳省長核定之。縣城以外重要地點，經省長呈准後，得設縣佐，於縣知事監督之下，執行該地行政事務。除上述各省區外，又改前此之順天府爲京兆，設京兆尹爲長官，其職員與輔佐人員，與省長同。至熱河、綏遠、察哈爾三特別區域，各置都統署，以爲其長官，管轄區域內軍民事務。都統之下，置參謀長一，參謀二，及副官書記等；此外，並設軍務總務二處，各置處長一人及雇員若干人；其兼理司法之區，又設審判長一，審理員二，及學習審判員書記官等。在川藏交界地方，已設縣治之二十三縣，則設川邊鎮守使一員，管理該地軍民各政。又在甘邊設寧夏護軍使，及甘邊寧海鎮守使，管轄西套、蒙古二旗及青海全部。其他西藏、蒙古各地，除承認其原有之自治組織外，另以辦事長官長之。

第二 自國民政府成立至最近時期

自國民革命軍興，各省先後入於黨治之下，地方行政組織，亦起甚大變革。初於民國十四年七月，國民政府成立於廣州時，即頒布省政府組織法，先以廣東一省改組，同時另設廣州市政廳，以委員會管理之，是爲國民政府改革地方政制之始。嗣因革命軍進展，各省市縣行政組織，亦經先後改革。迨國民政府統一全國，改熱河等三特區及川邊、甘邊、青海爲六行省，全國得二十八省。省分爲縣，依二十一年內政部統計，全國凡一千九百三十二縣，邊省地方，尚另有設治局區二十六，及土司之治區若干（道之一級，西南各省，自護法政府成立，即已裁撤，其他各省，則與革命軍進展，同時廢止。）市設於首都或政治經濟上重要都市，其地位或與省同級，或與縣並立，不入於省縣行政

區域。依最近統計，前者其數有五，後者十有三焉。此外蒙古西藏及自英國收回之威海衛三處，仍設爲特別區，其組織亦與省縣不同。茲分述各行政區組織之沿革如次：

(1) 省之行政組織，自有省政府組織法頒布以來，即改省長制爲委員制。省政府委員會，爲省普通行政官署，依中國國民黨黨義及中央法令，綜理全省行政事務。委員會下，設秘書處，爲其補助機關。此外，又設各行政廳，執行特種行政事務。初爲軍事、民政、財政、教育、建設、工商、農礦七廳。十六七年，中央設立大學院時代，有少數省分，曾試行大學區制，廢教育廳，以省大學兼理教育行政事務。至十八年，仍廢此制，恢復省教育廳，同時改軍事廳爲保安處。其間並有若干省分，置司法廳，至十八年，亦已裁廢。至於農礦工商二廳，因設置之省甚少，迨二十年，乃改置實業廳，及其他專管機關；其未增設實業廳者，則以其所屬事務，由建設廳合理之。惟省府採委員制，委員會下分設各廳，廳長由委員兼任，組織龐大，職責不明，財力浪費，處務遲緩，中央因鑒於此，年來有改委員制爲省長制之擬議。最近有若干省奉令實行合署辦公，將一切文件，均由省府名義行之，各廳處主管事項，由各廳處長副署，以節經費，而增效能，實卽爲將來改行省長制之初步也。(2) 縣之行政組織，初無劃一規定，例設獨裁制之縣長，爲其行政長官，綜理縣內行政事務。縣長之下，分設數科，並依舊制，留有警察局所及教育局。至十八年九月，國民政府，乃制定縣組織法，分期施行全國，經十九年六月一度修正，行迄今茲。惟自二一年以來，各省更有縣政建設實驗區制施行，即各省爲改進地方人民生活，得設縣政建設實驗區。其範圍在原則上以縣爲單位，但必要時得擴充爲數縣。其地區之選擇及

計劃大綱，均由省府會議決定之，其詳姑俟後述。(3)設治局爲縣治過渡組織，邊省地方，凡一區域未能組織一縣公署或縣政府者，例先籌設設治局，以管理之。二十年六月二日，國民政府乃頒設治局條例，以釐訂其制度。土司向爲武職，於甘肅雲貴諸省，尙有此制。四川廣西雲南等省，更有土官一種，但經歷年改土歸流，其數已屬甚少。(4)市初分普通市與特別市二種：(a)凡中華民國首都，人口百萬以上，或有其他特別情形之都市，依國民政府之特許，得建爲特別市。特別市政府，直隸於國民政府，設獨裁制之市長，綜理市內行政事務，市長之下，設祕書參事等補助機關，及財政工務等局，分掌各種事務。(b)凡人口滿二十萬之都市，依省政府之呈請，暨國民政府之特許，得建爲普通市。普通市政府，直隸於省政府，其組織與特別市略同。至十九年五月，市組織法，亦經修正，廢特別市名稱，概稱爲市，或直隸於行政院（直屬市）或直屬於省政府（省屬市），其組織與前尙無大異。(5)蒙古分內外蒙古二部，內蒙古主要部分，已改建爲行省。第其固有組織，與內地迥殊，實行以軍治民之制，凡人民達一定年齡，皆編入於旗下，分隸佐領參領爲一旗，以「扎薩克（執政之意）」或總管率之。合若干旗爲一盟或一部，置盟長或副盟長，以總其成。盟長公推，旗長則爲世襲。二十年十月十二日，國民政府，以該地原有組織爲基礎，頒有蒙古盟部旗組織法，以確定其制度，並其與中央之關係。至二二年冬，當地一部官民，忱於外敵侵略，覺有團結必要，要求組織自治政府。嗣經彼此派員往復磋商，決定自治原則。二三年二月二八日，中央政治會議，通過解決蒙古地方自治問題辦法原則八項。三月七日，國民政府，更依上項原則，公布蒙古地方自治政務委員會暫行組織條例，及蒙古地方自治指導長

官公署暫行條例，並於同日施行。於是蒙古地方，除省縣政府外，更有他一系統之行政組織矣。(6)西藏分前藏後藏阿里三部，亦爲遜清藩屬，清廷派有駐藏大臣，掌握政治、軍事及財政上之大權。藏政府之四葛布倫及蕃目，皆由駐藏大臣及達賴會同任命。自達賴六世至十二世，數百年間，政教制度，殆無變化。及辛亥革命之際，達賴第十三世，宣布獨立，驅逐駐藏軍隊。自是大權獨攬，政教合而爲一。入民國後，中央雖有派遣駐藏辦事長官之舉，但終未得入藏行使職權。如是在半獨立狀態，垂二十年。然西藏由遜清慘淡經營，入於中國版圖，已二百餘年，其爲中國領土，絕無疑義。民初以來，中原變亂頻仍，無力保護，而達賴備於帝國主義侵略之野心，其眷念祖國內向之心，未之或忘。觀於十九年尼泊爾稱兵犯藏，達賴曾電中央乞援；國民政府成立，達賴派有代表，常川駐京，與中央接洽。而中央亦設有專管機關，如蒙藏委員會者，以統制之。二二年之末，達賴十三世圓寂，西藏政教，頓失重心，後藏班禪大師，已決定由中央扶助，回藏主持一切。中藏關係，將復舊觀；而西藏之行政組織與系統，自此或可告確定乎？(7)威海衛在山東半島北岸東端，爲渤海之鎖鑰。清光緒二十四年，爲英人強迫租借。及華府會議，我代表提請收回，英方承諾。十九年四月，經國民政府與英訂成威海衛協定，大部接收。目前暫設爲特別行政區，制定威海衛管理公署條例，置專員以管理之。

自十九年以後，各省政府爲督察地方行政，續有行政督察專員之設。二十一年八月六日，行政院因公布行政督察專員暫行條例，以期劃一政制。依該條例規定，省政府在離省會過遠地方，因有特種事件發生（如剿匪清鄉

等等，得指定某等縣爲特種區域，臨時設置督察專員，於不抵觸中央法令範圍內，輔助省政府，督察該區域地方行政。其專員由省政府就本督察區域各縣長中，指定一人兼任之；得於原領縣政府內，附設辦事處，置祕書一人，事務員一人，書記二人，助理文件，及應行一切事宜。但本項專員，對於本督察區域內各縣市政府地方行政，雖有隨時考察及督促指導之責，而非設機關，於其所辦事件辦全之後，應撤廢之。

第二項 現行地方行政組織

(一) 一般地方行政組織

現行行政區域，一般分省市縣及其他與縣同等區域之二級，即以省爲上級，省屬市及縣爲下級，直屬市自爲一級，各設一級或二級以上之行政官署。至於市縣及與縣同等區域以內，則以自治區爲行政區，自治機關爲行政機關。關於自治組織，尙待後述。茲就現行各級地方行政組織，分述如次。

(甲) 省

省政府，在國法上，含義甚廣，包括省政府委員會，省政府主席，省政府各廳，及其他所屬機關全體。然省政府各廳，爲省地方第二級行政官署，應與省政府委員會區別。故省政府名稱，有時用於狹義，僅指省政府委員會及省政府主席言之。茲依修正省政府組織法規定，就狹義之省政府及各廳，分別說明如左。

(1) 省政府

狹義之省政府，得依國民政府建國大綱及中央法令，綜理全省行政事務。於不牴觸中央法令之範圍內，得發省令，及爲行政處分等行爲；對於所屬各機關之命令處分，認爲有違背法令，逾越權限，或其他不當情形時，得停止或撤消之。此省政府，爲省地方第一級行政機關，詳言之，亦包括省政府委員會，省政府主席及其補助機關。省政府原則上以合議制之委員會，爲行政官署，祇就特定事項，授主席以單獨處分權，以補合議制之短。省政府委員會，以國民政府任命委員九人至十三人組織，下列事務，必須經其決議：(1)關於制定省令，及停止或撤消下級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)關於地方行政區域之確定及變更事項；(4)關於全省預算決算事項；(5)關於處分全省公款，籌劃全省公營業事項；(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)關於省行政施設或變更事項；(9)關於咨調省內國軍，及督促所屬軍警團防，綏靖地方事項；(10)關於省政府所屬全省官吏任免事項；(11)其他省政府委員會認爲應付議決事項。此外，不適於委員會議決執行，或時間上不能待於議決執行之事項，則由省政府主席單獨執行之。主席職權如下：(1)召集省政府委員會，於會議時爲主席；(2)代表省政府，執行委員會之議決；(3)代表省政府，監督全省行政機關人員職務之執行；(4)處理省政府日常及緊急事務。省政府委員會，除例會外，有委員三人以上之提議，或主席認爲必要時，應召集臨時會。主席因事故不能執行職務時，由省府委員互推一人，暫行代理日常事務，其期間以一月爲限。

省政府下，設秘書處，爲其補助機關，置秘書長一人，秘書一人至三人；並分科辦事，各置科長一人，科員四人至

十二人，祕書長承省政府主席之命，綜理祕書處事務；祕書科長，各承長官之命，辦理各種事務。

(2) 省政府各廳

省政府通常設民政，財政，教育，建設四廳，於必要時，並得增設實業廳及其他專管機關，分掌特種事務。各廳主管事務如下：(1) 民政廳掌理(a)關於縣市行政官吏之提請任免事項；(b)關於縣市所屬地方自治及其經費事項；(c)關於警察及保衛事項；(d)關於衛生行政事項；(e)關於選舉事項；(f)關於賑災及社會救濟事項；(g)關於勞資及佃農之爭議事項；(h)關於禮俗宗教事項；(i)關於禁煙事項；(j)關於各種土地測丈，征收，及其他土地行政事項。(2) 財政廳掌理(a)關於省稅及省公債事項；(b)關於省政府預算決算編制事項；(c)關於省庫收支事項；(d)關於省公產管理事項；(e)其他省財政事項。(3) 教育廳掌理(a)關於各級學校事項；(b)關於社會教育事項；(c)關於教育及學術團體事項；(d)關於圖書館，博物館，公共體育場等事項；(e)關於其他教育行政事項。(4) 建設廳掌理(a)關於公路鐵路之建設事項；(b)關於河工及其他航海工程事項；(c)關於不屬土地行政之測丈事項；(d)其他建設行政事項。(4) 實業廳掌理(a)關於農林，蠶桑，漁牧，礦業之計劃，管理，及監督，保護，獎進事項；(b)關於整理耕地及獎進事項；(c)關於農田水利整治事項；(d)關於農業經濟改良事項；(e)關於防除植物病虫害，及保護益鳥益虫事項；(f)關於工商業之保護監督事項；(g)關於工廠商埠事項；(h)關於商品之陳列及檢查事項；(i)關於度量衡之檢查及推行事項；(j)關於工商會及其他農業，工業，商業，

漁業，礦業各團體事項；(k)關於其他實業行政事項。

各廳各置廳長一人，由行政院就省政府委員中，提呈國民政府任命，綜理各該廳之事務。廳長就其主管事務，於不牴觸中央法令或省政府委員會議決之範圍內，得發廳令，及爲行政處分等行爲；對於所屬職員及所轄機關，得爲指揮監督。廳長之下，設秘書一人至三人，承各該長官之命，辦理事務。視其事務繁簡，並得酌量分科辦事，各設科長一人，科員若干人，各承長官之命，分掌各種事務。又因事務必要，得酌設技正，技士及視察員，其名額由各該廳長提出省政府會議定之。

至省政府或省政府各廳所屬專管機關，視其必要與否，以定設置，其種類各省不同，茲不詳述。

(乙)縣

縣之行政區域，依現有之區域。其區域如廢置或變更時，由省政府咨內政部，呈行政院，請國民政府核准公布之。縣設縣政府，在國法上，縣政府包括縣長，縣長之補助機關，及其他各局全體。然亦用於狹義，僅指縣長及其補助機關，而不及於各局。茲依縣組織法規定，就狹義之縣政府及縣政府各局，分述如左。

(1)縣政府

狹義之縣政府，爲縣地方第一級行政機關，按區域大小，事務繁簡，戶口及財賦多寡，分爲三等，由省政府編定，咨內政部，呈請行政院，請國民政府核准公布之。各於省政府指揮監督之下，處理全縣行政，監督地方自治事務；於

不牴觸中央及省之法令範圍內，得發布縣令，及爲行政處分等行爲。縣政府設縣長一人，由民政廳廳長提出合格人員二人至三人，經省政府委員會議決任用，任期三年，成績優長者得連任（參照修正縣長任用法）。其籌備自治之縣，已達建國大綱第八條規定之程度者，經中央查明合格後，其縣長應由民選。縣長綜理縣政，監督所屬職員及機關。縣長之下，設秘書一人；依事務繁簡，並設一科或二科，各置科長一人，科員二人至四人，其設科多寡及科員額數，由省政府定之，並報內政部備案。秘書科長，由縣長呈請民政廳委任，科員由縣長委任，並報民政廳備案。此外，並得添用事務員及僱員，均由縣長僱用之。又得設置警察，辦理催繳，送達，偵緝，調查事項；其名額由民政廳核定之。

縣政府並設縣政會議，以一定事項爲限，必須經其審議。縣政會議，以縣長，秘書，科長及各局局長組織，開會時以縣長爲主席。下列事項，應經其審議：（1）縣預算決算事項；（2）縣公債事項；（3）縣公產處分事項；（4）縣公營事業之經營管理事項。縣長認爲有必要時，並得以其他事項，提交縣政會議審議。

（2）縣政府各局

縣政府下，設公安，財政，建設，教育各局，爲縣地方第二級行政機關，分掌各種事務。各局主管事務如下：（1）公安局掌理戶籍，警衛，消防，防疫，衛生，救災，及保護森林漁獵等事項。（2）財政局掌理繳稅，募債，管理公產，及其他財政事項。（3）建設局掌理土地，農礦，森林，水利，道路，橋樑，工程，勞工，公營業等事項，及其他公共事業。（4）教育局掌理學校，圖書館，博物館，公共體育場，公園等事項，及其他文化社會事業。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；必要時，並得呈請省政府設置衛生局，土地局，社會局，糧食管理局，專理衛生，土地，社會，及調節糧食。又縣公安事項，得於各區，設立公安分局處理之。

各局各設局長一人，由縣長就考試合格人員中遴選，呈請省政府核准委任。各區公安分局局長，其選任與各局長同。各局詳細組織及權限，除法令別有規定外，由省政府定之，並咨內政部備案。

此外，各省爲改進地方人民生活，得設立縣政建設實驗區，其範圍在原則上以縣爲單位，但必要時亦得擴充爲數縣。選定實驗區，以有下列條件之一者爲合格：（1）該區情形可代表該省一般情形者；（2）交通便利地位適中者；（3）從前辦理自治較有成績者；（4）地方有領導人才且能出力贊助者；（5）實驗場有相當設備者。其區之選擇及計劃大綱，由省政府會議決定之。

實驗區之權限如下：（1）依法令屬於縣者；（2）雖非縣之事權而有實驗之性質者；（3）上級政府特別交辦者。此外應事實之需要得制定各種單行法規，對於省或中央之法令之執行，有礙難時，得斟酌變更，但須呈轉中央核准備案。實驗區內縣政府亦比一般縣政府權限尤大，必要時得設縣政建設委員會，集合專家，負責調查事實，訂定策劃，訓練人才，及實地實驗之責任，其委員及縣政府之組織辦法，由省府訂定，咨內政部核准備案。實驗區之行政範圍在一縣者，由縣長負責，在兩縣以上者，由各該縣長負責，於必要時得另組區公署，其組織以區內縣政府機關改組或擴充，由省府擬咨內政部轉呈行政院核准備案。區公署設區長官一人，總攬區內一切行政事務。

又區內之縣，應在其他各縣之先，依法成立人民代表機關，實行監督財政，審核法規，以樹立民治基礎。其自治事業已達建國大綱第八條規定之程度者，是為自治完成之縣。凡實驗區與省之權限，及國家之行政權，與地方自治權，均應明白劃分，其辦法另詳。

(丙) 設治區

設治區，為與縣同等之行政區域，凡各省未設縣治地方，得依設治局組織條例，暫置設治局，至相當時期，則改為縣治。其區域之廢置及劃定，應由省府擬具圖說，咨請內政部，呈由行政院，轉請國民政府核准公布之。設治局亦有官署性質，依省政府之指揮監督，處理本管區域內行政事務；於不抵觸中央及省之法令範圍內，得發局令。局設局長一人，薦任待遇，由民政廳提出有薦任職公務員資格之人，經省政府議決委用，並轉報內政部備案。但有特別情形時，就具備左下各款資格之人員委用：(1) 中華民國人民，年滿三十歲以上；(2) 中等以上學校畢業，或辦理行政事務三年以上；(3) 明瞭黨義；(4) 熟悉當地情形。局佐理人員，其人數及委用辦法，由民政廳擬具，呈請省政府核准，並報內政部備案。至僱用人員，則由局長酌用之。

(丁) 市

市有二種之別，(1) 人民聚居地方，(a) 首都，(b) 人口在百萬以上，(c) 在政治經濟上有特別情形者，皆得設市，而直隸於行政院；但有(b)(c)兩種情形之一，而為省政府所在地者，應隸屬於省政府。(2) 人民聚居地方，

(a) 人口在三十萬以上，(b) 人口在二十萬以上，其所收入營業牌照費土地稅，每年合計占該地總收入二分之一以上者，皆得設市，而直轄於省政府。前者其區域之劃定及變更，由行政院呈請國民政府決定；後者其區域之劃定及變更，由省政府呈請行政院，轉請國民政府決定之。但二者地位，雖各懸殊，而其組織，則屬相似，茲可併述如左。

市設市政府，於廣義上，市政府包括市長，市長之補助機關，及市政府各局全體。然亦用於狹義，並不包含各局。茲依市組織法規定，分別說明於次。

(1) 市政府

狹義之市政府，為市地方第一級行政機關。依法令掌理本市行政事務，監督所屬機關，及自治團體；於不抵觸法令之範圍內，得發市令，及為行政處分等行為。市政府設市長一人，隸屬行政院之市，市長簡任；隸屬於省政府之市，市長簡任或薦任。市長綜理市政，為市行政官署。市長之下，設秘書處，掌理文牘，庶務，及其他不屬於各局或各科掌理事項。市長簡任之市，置秘書長一人；市長薦任之市，置秘書一人。此外，設參事二人，掌理法規之撰擬審查事項。市政府各局，得改設為科，設於市政府內。各科及秘書處之職員名額，除法律有規定外，得另以市政府組織規則規定，呈由上級機關核定之。因事務必要，並得聘用專門技術人員，及酌用僱員。

市政府亦設市政會議，以一定事項為限，須經其議決後行之。市政會議，以市長，參事，局長或科長組織；至市參議會成立後，並由市參議會互選代三人至五人出席。會議每月開會一次，由市長召集，開會時即以市長為主席。應

經市政會議議決之事項如下：(1)關於秘書處及各局或各科辦事細則事項；(2)關於市單行規則事項；(3)關於市預算決算事項；(4)關於經營市公產及公營業事項；(5)關於市政府各處局或科職權爭議事項；(6)市長交議事項；(7)其他重要事項。

(2) 市政府各局

市政府下，通常設置社會，公安，財政，工務各局，為市地方第二級行政機關，分掌各種事務。各局之事務如下：

(1) 社會局掌理 (a) 戶口調查及人事登記事項；(b) 育幼，養老，濟貧，救災等設備事項；(c) 糧食儲蓄及調節事項；(d) 農工商之改良保護事項；(e) 勞工行政事項；(f) 造林，墾牧，漁獵之保護及取締事項；(g) 民營公用事業之監督事項；(h) 合作社及互助事業之組織及指導事項；(i) 改良風俗事項；(j) 教育及其他文化事項。(2) 公安局掌理 (a) 公安事項；(b) 消防事項；(c) 公共衛生事項；(d) 醫院，菜市，屠宰場及公共娛樂場所之設置及取締事項。(3) 財政局掌理 (a) 財政收支及預算決算編造事項；(b) 公產之管理及處分事項；(c) 公營業之經營管理事項；(d) 土地行政事項。(4) 工務局掌理 (a) 公用房屋，公園，公共體育場，公共墓地等建築修理事項；(b) 市民建築之指導取締事項；(c) 道路，橋樑，溝渠，堤岸及其他公共土木工程事項；(d) 河道港務及船政管理事項。首都及省政府所在地，均不設市公安機關，關於公安局掌理事項，由首都警察廳（直轄於內政部）或省會警察機關（直轄於民政廳），分別掌理之。市政府於必要時，經上級機關之核准，得分別增設教育，衛生，土地，公用，港務

各局，其有管理事務，由上列各局之下，依其性質，分撥歸屬之。省屬市應設各局，如有縮小範圍之必要時，除公安局外，得改局爲科，設於市政府內。

各局各設局長一人，直屬市局長，簡任或薦任，省屬市局長，薦任或委任。各官長下，更設補助機關，其組織除法律有規定外，以該市政府組織規則定之。

(二) 特別區域行政組織

(甲) 蒙古

蒙古地方之行政機關，計有蒙古地方自治指導長官公署，蒙古地方自治政務委員會，及盟部旗政府等各種，已如前述。此等特別組織，僅蒙古地方自治指導長官公署一種，有國家行政機關性質，餘則悉爲地方自治組織。但其自治制度，與內地各省之所謂自治行政，又屬有別，而有濃厚之封建色彩。茲爲系統上關係，便於明瞭起見，一併列述於次。

(1) 蒙古地方自治指導長官公署

蒙古地方自治指導長官公署，依國民政府頒布之蒙古地方自治辦法原則，承行政院之命，指導蒙古地方自治政務委員會，並調解省縣與盟旗之爭執；蒙古地方自治政務委員，處理事件及發布命令，認爲不當時，得糾正及撤銷之。指導長官公署，除指導長官一人外，並置副長官一人，均由行政院呈請國民政府特派之。此外，又置參贊二

人，由指導長官呈請行政院簡派之。蒙古地方自治政務委員會開會時，指導長官副長官，得派參贊，出席指導。公署其他職員，則以他項規程定之。（參照蒙古地方自治指導長官公署暫行條例）

（2）蒙古地方自治政務委員會

蒙古地方自治政務委員會，直隸於行政院，並受中央主管機關及中央指導大員之指導，辦理各盟旗地方自治政務；遇有關涉省之事件，則應與省政府會商辦理之。該委員會設委員九人至二十八人，以用蒙古人爲原則，由行政院呈請國民政府任命之；並於委員中指定委員長一人，副委員長二人。委員會每兩星期開會一次，遇必要時，得召集臨時會議。開會時以委員長爲主席，委員不能出席時，得派代表列席。委員長執行會議之議決，並處理日常會務，監督所屬職員及機關。副委員長，輔助委員長，處辦會務；委員長不能執行職務時，以副委員長一人代理之。會議規則及辦事規則，由本會議議定，呈請行政院核准後行之。政務委員下，設下列之廳、處，分別承辦一切會務，所有職員，由行政院就國內遴選熟悉蒙古情形及有專門學識者任用之：（1）秘書廳，置秘書長一人，簡任；秘書四人，薦任。（2）參事廳，置參事長一人，簡任；參事四人，薦任；參議由所屬各旗各推選一人，必要時得支聘任俸，任期一年，得連任。（3）民治、保安、實業、教育四處，各置處長一人。（4）財政委員會，置主任委員一人，簡任；委員六人至二十人，由委員長就秘書參事參議中，指派兼充之，各處長爲當然委員。各處會其設立，應分別情形定之。各廳處會，均分科辦事，置科長共十二人至十六人，薦任；科員四十人至六十人，委任。此外，又得酌用各項技術人員及僱員（參照蒙

古地方自治政務委員會暫行組織大綱。

(3) 盟

盟之區域，依現有之區域；有必要時，得以法律變更之。盟內居住之蒙人，為各該盟之人民，其權利義務，一律平等。盟直隸於行政院，軍事外交及其他國家行政，均為中央所統一，僅於法律之下，行使其治理權。遇有關涉省之事件，應商承省政府辦理。各盟各設盟政府，置盟長一人，副盟長一人，隨從祕書一人或二人，及幫辦盟務等。盟長綜理盟務，監督所屬職員及機關。副盟長輔助盟長，處理盟務。盟長因事故不能執行職務時，由副盟長代理之。幫辦盟務，幫同盟長，辦理盟務。此外，並分設總務政務二處，各置處長一人，其佐理員額及處務規程，由蒙藏委員會擬訂，呈請行政院核定之。盟政府因事務必要，又得咨請蒙藏委員會，呈行政院核准後，添設專管機關。至各盟備兵札薩克，照舊設置。

各盟並設盟民代表大會議，其代表由本盟所屬各旗旗民代表會議推選，大旗三人，中旗二人，小旗一人。盟民代表會議，掌理盟務之立法，設計，監察，及其他屬其審議議決之事項。盟民代表會議，置常任代表五人至九人，由全體代表互選之。盟民代表會議及常任代表會議之議事規則，由該會議自定之，但應咨請蒙藏委員會，轉呈行政院備案。盟長對於盟民代表會議議決，如何執行，由蒙藏委員會呈請行政院定之。

(4) 部

部係與盟同等之區域，其組織概與盟同，設部政府及部民代表會議，茲不復贅。至於車臣，土謝圖，三音諾顏，扎薩克圖，塞音濟雅哈圖，唐努烏梁海，青塞奇特拉圖，烏拉恩素珠克圖，巴圖塞特奇拉圖各部，其施行本項組織日期，須待另令定之（盟部旗組織法第四條）。

（5）旗

旗有三種之別，一特別旗，二部屬總管制之旗，三盟屬旗。特別旗直隸於行政院，其地位與盟相當；部屬旗直隸於現在所屬隸之部；盟屬旗直隸於現在所屬之盟。三者之構成與組織，無所區別，茲可合併述之。

旗之區域，依其現有區域；有必要時，得以法律變更之。旗內居住之蒙人，為各該旗之人民，其權利義務，一律平等。各旗各依法律規定，管轄其治理權；但特別旗遇有關涉省之事件，應商承省政府辦理，盟屬旗遇有關涉縣之事件，應與縣政府會商辦理。旗之機關亦有二：一旗政府，二旗民代表會議。旗政府置扎薩克，旗務委員及旗務會議。扎薩克綜理旗務，監督所屬職員及機關，因事故不能執行職務時，應指定旗務委員一人，或由旗務委員互推一人代理之。旗務委員本係辦理管旗京章副京章改稱，其名額大旗六人，中旗四人，小旗二人，佐理旗扎薩克，處理旗務。凡旗公文，應以扎薩克旗務委員之連署行之。旗務委員遇有曠缺時，由旗民代表會議推選加倍人數，扎薩克保薦加倍人數，呈請藏蒙委員會，轉呈行政院選擇薦任之。旗務會議，以扎薩克及旗務委員組織，以扎薩克為主席。重要旗務，應由會議決定。其會議規則，由該會議自定之，但應報該盟長咨請（特別旗逕咨）藏蒙委員會備案。此外，並設

總務政務二科，各置科長一人，其佐理員額及處務規程，由該旗擬訂，呈報該管盟長咨請（特別旗逕咨）蒙藏委員會，轉呈行政院核准定之。旗扎薩克得用隨行秘書一人。旗政府因事務之必要，得酌設各項專管機關，但應呈報該管盟長咨請（特別旗逕咨）蒙藏委員會，呈報行政院核定之。

旗民代表會議，由本屬各佐各推代表一人組織，任期一年，其職掌與盟民代表會議同。旗民代表會議，亦置常任代表五人至九人，由全體代表互選之。旗代表會議及常任代表會議之議事規則，由該會議自定之，但應呈報該管盟長咨請（特別旗逕咨）蒙藏委員會備案。旗政府對於旗民代表會議之議決，如何執行，由蒙藏委員會呈請行政院定之（參照盟部旗組織法）。

（乙）西藏

西藏地方行政組織，目前猶未確定，已如前文所述。茲為參考便利之計，記述其固有自治組織如次。

最近西藏政府組織，以達賴為最高機關，總管政教兩大權。達賴之下，置有藏王，藏名「司倫」，為噶布倫會議主席，殆與內閣總理相當。其產生方法，原由各大呼圖克圖選舉，近則由達賴屬意人物充任，其資格側重戚屬關係，而學問道德，亦為標準之一。藏王之下，分設秘書處，與噶布倫會議二大機關。秘書處藏名「伊倉」，主掌宗教，專管理喇嘛兼傳達噶廈之意旨於達賴。噶布倫會議，藏名「噶廈」，即出政廳之意，以四噶布倫組成，掌理庶政，殆與內閣相似。達賴有內秘書三人，侍從副官三人，醫生一人，烹調官一人，監食一人，呈食官一人，經識官一人，總堪布一人，

侍衛四人。侍衛雖非官職，而有糾儀之責，凡大堪布有違禮之處，均可加以彈劾。烹調官以下，俱以喇嘛堪布充任，其權亦頗大，凡大員所不能言者，彼等獨能之。藏王有祕書二人，侍從副官一人，門警二人，近侍一人，傳達一人。

祕書處設於寺院內，職員全由喇嘛充任，有四品祕書四人，五品祕書管理一人，書記二十人，實習生四人。內閣四噶布倫，爲行政各部部长，掌司法，行政及財政等事務。其閣員三俗一僧，處事以合議制行之。藏王爲之主席。下設祕書室，置一品祕書四人，二品祕書一人，書記四人，副官四人，畫師一人，管理護照書記四人，烹調官一人，通事四人，近衛四人，傳達四人。以官級言，內閣祕書高於祕書處祕書，但藏俗以政權低於教權之故，兩方祕書，勢略相等。

此外，又設軍司令部，藏名「馬基」，乃西藏最高軍事機關，管理全藏軍務，直接隸於達賴。司令部設總司令一人，副司令一人，祕書二人，達賴警衛團長一人，前藏駐兵團長四人，後藏駐防兵團長四人，地方兵團長十二人，礮兵團長二人，警察廳長二人，均四品級。

第四節 官吏

第一款 官吏之觀念

官吏之觀念，於我國國法中，有實質上與形式上之兩意義。實質上之官吏，又稱廣義之官吏，乃指與官吏觀念相當之一切公務員（註一〇）而言。形式上之官吏，又稱狹義之官吏，僅指法令中所稱各種官吏而已。茲就此二意義，

分述如左。

第一 實質上之官吏

在實質上，官吏云者，乃人民依特別選任，對國家負有忠實的服無定量勤務之義務者之謂也。

(一) 官吏對國家負有服務義務。

官吏為國家服務而選任，對國家有提供勞務之義務，在此點上，與自治團體之公吏有別。蓋自治團體之吏員，為自治團體服務而選任，其勤務之相對人為自治團體，而非國家，故與官吏不同。惟官吏所擔任之國家事務，並不以命令權之行使為限，即僅任純然經濟上或技術上之行爲者，亦得稱為官吏。又官吏亦不以現實擔任一定之事務為必要，他如休職官吏，僅有給付勞務之義務者，亦不失為官吏。

(二) 官吏負有忠實的服無定量之勤務義務。

官吏對於國家服務，不以單純之勞務給付為限，並負有忠實的服務之特別義務。所謂忠實的服務，即依國家意思，忠誠努力，獻其一身，為國家服其勤務之謂。故官吏對於國家關係，非單純經濟上勞務給付之關係，而帶有倫理上之性質。在此點上，吏官與民法上之受僱人員，及依徵發令而徵發之夫役，均屬不同。因此等員役，對國家僅為經濟上勞務之給付，而不負有倫理上之義務也。官吏因有忠實服務義務之結果，對於國家服務之範圍及方法，概依國家之要求決定之。故通常謂官吏對國家負有服無定量之勤務義務。蓋官吏所擔任之事務，有時雖亦豫有一

定範圍限定，而於其範圍內各個勞務之給付，則不豫先指定也。

(三)官吏依特別選任，而負其服務義務。

官吏依特別之選任行爲，始負其服勤務之義務。其選任行爲，或爲任命，或爲選舉。不問何者，要皆爲官吏關係發生之原因。在此點上，官吏與因有某種身分或業務，當然對國家負有勤務之義務者不同。如鄉鎮長，雖因其身分上關係，執行國家委任事務；公共汽車之營業者，雖因其業務上關係，爲國家徵收通行稅，然皆非因特別選任，負其勤務義務，故均不得稱爲官吏。

第二 形式上之官吏

形式上之官吏，即法令上認有一定官吏身分者之謂也。我國現行法上，官吏大別爲高等官與普通官，高等官分選任職，特任職，簡任職，及薦任職四種，普通官則委任職一種。故我國法上之所謂官吏，亦不外選任，特任，簡任，薦任及委任五種。凡屬其中任何一種，不問性質如何，皆得稱爲官吏。

形式上之官吏與實質上之官吏，因含義不同，其所包攝範圍，乃亦互異。尤其後者範圍，較前者爲廣。形式上爲官吏，而實質上非官吏者，我國並無其例，實質上爲官吏，而形式上非官吏者，則有如次二種。

(一)待遇官

待遇官者，乃形式上非官吏，特受薦任職或委任職之待遇者也。待遇官本亦具有官吏性質，對國家負有忠實

服務義務，而因種種理由，與形式上之官吏，設為區別，僅受相當官吏之待遇而已。其理由或以初在事務練習中，猶未正式任為官吏，乃定為待遇官，如實習官吏及試署官吏是。或以地位較低，不便正式列入某職，乃定為待遇官，如設治局局長，監所之教誨師，醫士，及候補看守所長等是（參照暫行文官官等官俸表補充辦法中各級待遇辦法）。

（二）等外官

等外官乃全然置之於官等之外，並不受形式上官吏之待遇者也。此等官吏，或以其地位過低，不配列於委任待遇之流，如長警（參照警察官等暫行條例）及看守是。或以完全不受國家俸給，而以職務上所得之手續費為其收入，如公證人（但我國現時尙未設置）是。

我國現行法令中，關於官吏各種規定，大都以形式上之官吏為其對象，以僅能適用於形式上之官吏為原則。然其規定，多為官吏性質當然所生之結果，其得適用於實質上之官吏者，亦頗不少。故本節所述，雖以國法上所定之官吏為其中心，而推論上得及於實質上之官吏者，固亦有之。

第二款 官吏之種類

官吏可由種種見地分類，茲擇其最重要者數種，分述如次。

（一）高等官與普通官

官吏依其任命形式不同，可別為高等官與普通官。凡由中國國民黨中央執行委員會選任，或直接或間接由

國民政府所任命者，爲高等官。由所屬官署逕自任命者，爲普通官。高等官分選任、特任、簡任、薦任四種，普通官僅有委任一種，已如前述。依暫行文官官等官俸表規定，簡任職更分七級，薦任職分十二級，委任職分十六級（註一一）。至於各種官吏任命形式，姑待次款述之。

（二）文官與軍官

官吏依所任事務種類不同，可別爲文官（*Zivilbeamte, fonctionnaire civil, civil official*）與軍官（*Militärbeamte, fonctionnaire militaire, military official*）。凡從事於戰鬥行爲及其他法定之軍務者爲軍官，非然者爲文官。惟此二者區別，雖以所任事務之種類爲準，而軍官中除從事戰鬥行爲者外，他如軍需、軍醫、軍法等各種官佐，其所任事務，與文官中某等官吏，殊無根本之差異。故現行法上軍官觀念，僅能謂爲從事於戰鬥行爲及其他法定軍務之官吏耳。軍官有陸軍軍官、海軍軍官及空軍軍官等各種。各種軍官又有將官、校官、尉官之別。將官更分上將、中將、少將；校官分上校、中校、少校；尉官分上尉、中尉、少尉。軍官以外之官吏，概爲文官。文官亦可依種種標準而分別之。

（三）行政官與司法官

文官有行政官（*Verwaltungsbeamte, fonctionnaire administratif, administrative official*）與司法官（*Justizbeamte, fonctionnaire judiciaire, judicial official*）之別。凡掌理行政事務者，爲行政官，掌理司法

事務者，爲司法官。但此種區別，亦祇以法令規定爲依據。若自性質言之，則司法官觀念，僅能包括掌理民刑等審判之事務者爲限，而不及於檢察官等司法行政官吏。在立法上，每將此等司法行政官吏，同指爲司法官，蓋亦以其與民刑推事，受同一之保障與待遇耳。司法官與行政官，因在地位上有重大之差異，其區別甚爲重要。

(四) 政務官與事務官

行政官有政務官 (political official) 與事務官 (permanent official) 之別。一般言之，凡得參與國家行政方針之決定者，爲政務官，依既決定之方針而執行者，爲事務官。通常所謂事務官不隨政務官之更迭爲進退，蓋即依此區別而言。但我國現時所謂政務官者，別具形式的意義。依法定及歷次解釋，原則皆以其任命須經中央政治會議之審核者，爲政務官（參照公務員任用法施行條例第二條）。惟中央政治會議條例及國民政府等組織法，屢有修正，所謂政務官之範圍，隨亦屢生變動。據中政會最後一次申明解釋，其範圍包括如下各種官吏：(1) 國民政府委員；(2) 各院院長，副院長及委員；(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) 各省政府委員，主席及廳長；(5) 直隸於行政院之市長；(6) 駐外大使，特使，公使，及特任特派官吏（參照二十年行政院第三五一七號訓令）。

(五) 長官與輔佐官

凡一機關官吏，得以自己意思，決定法律上之行爲者，爲長官；輔佐長官，處理各種事務者，爲輔佐官。長官得代

表國家，決定國家意思，其處於代表國家之地位時，即稱官署。

除右述外，官吏尚有在職官與不在職官，有給官與無給官，教育官與技術官等不同種類。但其區別，不見重要，茲不詳述。

第三款 官吏關係之成立

第一項 任官行爲之性質

官吏關係，因特別選任而成立，已如前述。關於選舉行爲，姑置不論。任命行爲，又稱任官行爲（*Ausstellung zum Besamte, nomination officielle, appointment to an official*）。關於任官行爲之性質，學者議論不一，主要者歷有私法上契約，單方行政行爲，及公法上契約三說（註一三）。其中以私法行爲說，發生最早，當在十九世紀以前，公私法之區別，既未成立，對於官吏關係，亦未有正確見解；益以中世封建制度之影響，及羅馬法學研究之結果，學者咸視以爲私法上之契約，就中僱傭契約。及至十九世紀，公法學漸次發達，官吏關係，全體認爲公法關係之後，主張斯說者，乃告絕跡矣。

自此在學者間所通行者，爲絕對的國家單方行爲說。此說爲勾納（*Goerner*）所主張。勾氏之意，以國家之團體生活中，國民對於國家，當然有一定之義務，國民之勤務義務，即其義務一種。故國家對於一切國民，常得以單方意思，命其服務（註一三）。斯說全以團員對於團體之從屬性，爲官吏關係之成立根據，此之一點，後世唱單方行爲說

者，咸尊從之。然此種主張，與立憲國之法律思想，究難融合。蓋在近代國法中，國家僅於法律所認許之範圍內，得命國民負其特別義務，否則非得國民同意不可。國民在法律上既不有爲官吏之義務，國家自不能反乎本人之意，強制其爲官吏。此說不能成立，甚屬明顯。於是學界中，爲矯正其謬誤計，乃有公法上契約說與相對的單方行爲說產生焉。

公法上契約說，爲拉龐德所代表，有名學者，如耶里內克及美濃部達吉等，力支持之。按其所論，以國家對自然人取得勞務，其法不外二種：一依國家立法，對一般國民科以勤務義務；二對國民提供或種利益，勸其自動爲國服務。然在立憲國家，於法律所定之範圍外，不能援用國家權力，強國民以服從義務。因於法律之範圍外，國民與國家，實處於獨立對等之地位也。立憲國之法律，既不認國民有爲官吏之一般義務，則要求國民爲國服務，當非徵求國民同意不可，易言之，即須國民與國家雙方之合意。故官吏關係，實因兩地位對等者之契約而成立。特此種契約，非單爲個人利益，約定勤務之契約，而爲促進一般利益，現實國家任務之誓約。故其服務之內容與範圍，概依國家之利益與法規而決定，不得以個人之任意決定之。以故任官契約，其效果僅在設定官吏關係，使受任者個人與國家間，構成公法上之特別關係而已。至其關係成立以後，官吏對於國家，負有包括的勤務義務，其關係本身，且於法律範圍之內，得由國家以單方意思，而變更或消滅之。此種單純勤務之合意，爲任官行爲之特質，不能以私法上之契約目之（註一四）。

他面與公法上契約說相對待者，有相對的單方行爲說。此說認國家之地位有優越性，並就其行爲性質，自形式上說明，仍繼受勾納之思想。特勾氏之絕對說與立憲國之法理，不能融合。故後此唱單方行爲說者，咸以國家單方任命行爲之效力，繫之於受任者個人意思之表示。即以任官行爲，非國家單方意思所能完全發生效力，其效力須視受任者之同意與否，而決定之。但受任者之同意與否，於國家之任命行爲，有若何之影響？學者間又有不同之見解，或以受任者如不同意，其行爲仍屬有效力，不過因效力上附有瑕疵，國家得爲撤消而已。或以受任者之同意，爲任官行爲之成立要件，欠缺同意，其行爲自始不能有效。前說爲呵督梅也所首唱，後說爲弗來納所主張，亦各在學術界中，占有相當勢力（註一五）。

最近更有華爾他耶里內先（Walter Jellinek）一派，另唱所謂雙方行政行爲（zweiseitige Verwaltungsgeschehnisse）說。以任官行爲，因國家與私人雙方意思表示而成立，但國家與私人，其地位初非對等，任官行爲，乃由國家徵求私人同意而爲之。故其行爲既非單方行爲，亦非公法上契約，乃另一種雙方行爲（註一六）。此華氏之說，對契約說，雖經加以改造，而要其歸，與弗氏所主張，以受任者同意爲要件之單方行爲說，仍無大異。

就以上各說觀之，除呵督梅也之單方行爲說，以國家單方意思，未得對方同意，亦能有效成立，仍未免與絕對的單方行爲說，受同一非難外，弗來納之單方行爲說，與雙方行政行爲說及公法上契約說，說法雖各有不同，實際已甚接近。因其各說，以任官行爲之效力，完全繫之於受任者之同意一點。可謂已告完全一致矣。祇理論上，究以採

取何說較當？是則猶有討論之餘地焉。

依余所見，關於任官行爲之性質，似以採取以對方之同意爲要件之單方行爲說，爲較妥當。舉其理由，約有三點：（1）原國民參與公務，一面固爲權利，同時亦有義務性質，尤其以現今文化國或社會國之法理言之，謂國民有服公務之義務，實屬切當。夫國民有服兵役義務，爲國法上之一原則，依此原則，國家乃得制定法律，實施徵兵；並得於強制徵兵外，依國民志願，召募所謂志願兵。依同一方式，因國民有服公務義務，國家乃得制定法律，使被選舉之公民，擔任公職；且強其非有正當理由，不得辭退。特依法治原則，非有法規根據，不得命特定人負擔義務。國家欲命特定人爲官吏，非可命令強制。猶之於徵兵外，召募民兵，須依國民志願；國家於法律規定外，命特定人擔任公務，亦須得受任者個人之同意耳。然此時國家與國民關係，兩者地位並非對等，一面國民有服公務之潛在的義務，他而國家有組織權，以命其義務之履行。祇因任命官吏，非如陪審制下，取得陪審員，須就一般國民以徵求之，不適依法律規定，對一般國民強制使爲之耳。國家任命官吏，既非地位對等之兩當事人，設定一法律狀態，則用契約觀念，說明其行爲性質，殊嫌未合。（2）法律行爲中，固亦有以對方之同意，爲要件之單方行爲一種，如指定繼承，被繼承人，得以遺囑，指定他人爲遺產繼承人，而以被指定人之同意，爲其效力確定之要件。任官行爲，亦正類此。（3）自任官行爲之形式言之，國家任命官吏，通常以命令行之（參照公文程式條例第一條第一款）。國法中所謂任命或任用，亦同含有此意。綜上所述，任官行爲，其性質實以目爲國家單方行爲，爲較妥當。祇現今法律思想，非有法律根據，

國家不能以權力命令國民服務。故欲其任命有效，非得受任者之同意不可耳。此種以他人同意而爲之行爲，若稱雙方行爲，依稱謂人之命意如何，固未始不可。然雙方行爲之觀念，易與契約混同，吾人寧以避免爲是。（註一七）

第二項 任官行爲之形式

任官行爲，非要式行爲，不待書狀之交付，而始成立。惟國家對於官吏之任命，通常必以文書之交付爲之；其文書爲任命狀，受任者接受任命狀而默示同意時，其官吏關係自己成立。任命狀之形式，依公文程式條例第二條第五款所定，因官吏種類，略有不同。

（一）特任官及簡任官之任命狀，由國民政府主席及五院院長署名，蓋用國民政府之印。

（二）薦任官之任命狀，由國民政府主席及主管院長署名，蓋用國民政府之印。

（三）委任官之委任狀，由各該機關長官署名，並用各該機關之印。

任官行爲，非要式行爲，既如上述。故官吏之權利義務，國家得以法令另定其發生之條件與期限，而不必以任命狀之交付爲準。

第三項 任官之要件

人民之爲國家官吏，以一律有平等之地位爲原則（訓政時期約法第二十四條）。然現實得爲官吏之人，法令則有種種限制。其一，爲任官能力上之限制。所謂任官能力，即爲官吏之權利能力。對於無任官能力人，而爲任命，

其行爲因法律上不能附以效果，當然無效。其二，爲任官資格上之限制。所謂任官資格，乃就官者應具之一定資格。對於無任官資格者，而爲任命，其行爲非當然無效，祇因有法律上之瑕疵，得隨時撤消之耳。茲以現行法爲根據，將就官者應具之能力的要件與資格的要件，分述如左。

第一 能力的要件

任官能力的要件，可自積極與消極的二方面言之。

(一) 積極的能力要件

(甲) 有中華民國之國籍者

官吏須有本國國籍與否，法律雖無直接明文規定，而自法理上觀之，我國之現行法中，含有外國人不得爲官吏之原則，則甚明顯。依國籍法第十二條規定，現在中國文武官職者，內政部不得爲喪失國籍之許可。又依公務員卹金條例第十一條第二項規定，喪失中華民國國籍者喪失其卹金權。凡此規定，即莫不以官吏須爲中華民國之國民，爲當然之要件。蓋爲官吏之權利，爲公權一種，非本國國民不能享有。且官吏須奉其一身，忠於國家，對國家負有倫理上之義務；此種義務，亦非對外國人，所能望其克盡也。惟因習慣或條約規定之結果，例外亦以外國人爲官吏，如以外國人充任名譽領事及稅務司等是。但此種吏員，形式上仍不作爲官吏，而其本人，亦不受官吏服務規程之規律焉。

(乙)具有行爲能力者。

官吏須有行爲能力與否，法律亦無規定，須依法理以論定之。就中幼年人，精神病人等無意思能力人，不有任官能力，殆爲公法法理之所當然。此外，限制行爲能力人得爲有任官能力與否，則未易速斷。民法原則，以滿二十歲爲成年，公法無此一般明文，固不能直接援用。惟官吏之職務，乃在執行國家公務，未能完全行使自己之私權者，當亦不能責其善理公務。故官吏亦應以成年人充任爲原則。然民法第一〇四條，又有例外規定，以限制行爲能力人亦有爲代理人之能力。處理國家事務，公法既無必須以成年人爲限之明確規定，彼此權衡，未成年官吏所爲行爲，要亦不能謂爲絕對不生效力。故法規非有特別規定場合，未成年人蓋亦例外得爲官吏。

(二)消極的能力要件

(甲)褫奪公權，尙未復權者。

褫奪公權，爲從刑之一種，依刑法規定，有有期與無期之別。凡受無期褫奪公權之宣告，或受有期褫奪公權之宣告而未復權者，除失入軍籍，爲官公立學校教職員，律師，及依法律所定之中央或地方選舉，爲選舉人及被選舉人之資格外，並失爲公務員之資格（刑法第五六條第五七條及第五九條，又新刑法第三六條。）蓋所謂褫奪公權，卽不外公法上權利能力一部之剝奪也。

(乙)受免職處分，未滿一定期限者。

免職處分，爲懲戒處分一種，如後所述。凡受免職之處分者，除免其現職外，並於一定期間，停止任用。停止任用品間，爲一年以上，五年以下（公務員懲戒法第四條第二項。）

（丙）歸化人，及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子。

依國籍法第九條規定：凡依歸化而取得中華民國之國籍者，及隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子，不能任下列各款公職：（1）國民政府委員，各院院長，各部部长及各委員會委員長；（2）立法院委員及監察院委員；（3）全權大使及公使；（4）海陸空軍將官；（5）各省區政府委員；（6）各特別市市長等。準是，歸化人，暨隨同歸化人取得中華民國國籍之妻及子，其任官能力，蓋亦不無限制。

（丁）有其他法定情事者

依公務員任用法第六條規定：有下列各款情事之一者，不得用爲公務員：（1）褫奪公權，尙未復權者；（2）虧空公款，尙未清償者；（3）曾因贓私，處罰有案者；（4）吸用鴉片及其他代用品者。依本條解釋，除第一款褫奪公權尙未復權者，當然喪失任官能力，既如前述外，有其他各款情事之一者，亦同樣不有任官能力。蓋官吏有保持品位之特別義務，於任用前，既已貪污無恥，喪失信用，乃至有不良之嗜好，一旦身受公務託付，當亦不能望其保持善良之操守也。

第二 資格的要件

爲官吏者，必須有相當之學力或經歷，所勿待論。我國在民初時代，早有各種任用考試法規公布，以限制爲官吏者之資格，而其規定未竟實行，凡有夤緣攀附之術者，罔不可以倖進無阻。因之賣官鬻爵，營私舞弊之風，久未稍殺。然欲登用賢能，澄清吏治，則於任官資格一端，究非加以嚴格限制不可。孫中山主張考試成爲獨立一權，專司考選敘用之責，用意亦正在此。當此籌備憲政，刷新吏治之秋，正宜積極推行，早圖功效。故最近中央除公布各種考試法規（註一八），公務員甄別審查條例，及考績法，由考試院舉行各種考試，銓敘及考績外，並公布公務員任用法及其施行條例，以爲選任官吏之準則。依該法規規定，除政務官及種種官吏，其任用法律別有規定外（註一九），一般事務官，須就有左列資格者中，依法任用之（註二〇）。

（一）經考試合格者。

薦任職及委任職官吏，以先任用考試合格人員爲原則。考試分高等考試及普通考試二種。薦任職應就高等考試及格者，儘先任用；委任職應就普通考試及格者，儘先任用之。

（二）有一定官歷，經甄別審查或考績合格者。

現任或曾任官吏，經甄別審查或考績合格者，亦有任官資格。所謂甄別審查合格，指經甄別審查合格，領有銓敘部證書者而言；所謂考績合格，指在本法實施後，依考績法，考績合格者而言。簡任職得以現任或曾任簡任職，現任或曾任最高級薦任職二年以上，經甄別審查或考績合格；或曾任政務官一年以上者任用。薦任職得以現任或

曾任薦任職，現任或曾任最高級委任職三年以上，經甄別審查或考績合格者任用。委任職得以現任或曾任委任職，經甄別審查或考績合格；或現充僱員，繼續服務三年以上，而成績優良者任用之。但以上所稱年限，應自國民政府統治之日起算。

(三)曾於民國有特殊勞動，或致力國民革命，有若干年限以上，而有勞動或成績者。

曾於民國有特殊勳勞，或致力國民革命十年以上，而有勳勞者，得任用為簡任職。曾於民國有勳勞，或致力國民革命七年以上，而有成績者，得任命為薦任職。曾致力國民革命五年以上，而有成績者，得任命為委任職。但上列各種勳績資格，對於技術人員之任用，不適用之（二三年中政會第四二六次會議議決。）

(四)有一定之學歷，或在學術上有專門或特殊之著作或發明者。

在學術上有特別之著作或發明者，得任用為簡任職。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，得任用為薦任職。在專科學校以上之學校畢業者，得任用為委任職。

在公務員任用法施行以前，曾在國民政府統治下，任簡任以下各職官吏，且因正常原因退職或辭職者，除經甄別審查或任用審查合格者外，另得於公務員登記條例施行期間，依登記方法，取得各職事務官資格。各省區現任簡任以下各職官吏，因特殊情形，未經甄別者亦同（註二一）。

第四款 官吏之地位

第一項 官吏之權利

依任命行爲成立官吏關係以後，不特官吏對於國家，應負特別義務，即國家對於官吏，亦有各種義務。國家對於官吏之義務，自他面觀之，即爲官吏對於國家之權利。官吏之權利，大別之，可分經濟上之權利與身分上之權利。

第一 經濟上之權利

官吏對國家所有經濟上之權利，又可別爲俸給權，卹金權，及職務上實費請求權三種。

(一) 俸給權

俸給者，乃官吏關係存續中，國家對於官吏之定期給付，以酬官吏服務之勞，並維持與其地位相當之生活者也。官吏在職，既應竭盡心力，爲國家服其勤務，國家自宜與以金錢報酬，負其給付義務。以是言之，俸給頗與私法上之勞務報酬，性質相似。然俸給除爲勞務報酬外，兼有維持與其地位相當之生活之目的，與單純之勞務報酬，又屬不同。在此點上，俸給與各種臨時委員，及他種名譽職吏員所得之反對給付，得以區別。各種臨時委員及名譽職吏員，除該務外，尙得有其本職或本業，常有他項收入，以維持生計。從之其職務上之報酬，僅爲單純之反對給付，並無保障其生活之目的。而官吏之俸給，獨異於是。官吏以專務職爲原則，除該官職之外，原則不得兼任他職，或兼營他業；恆無他項收入，爲其生活上之資源。故國家對於官吏生活，尤宜爲確實之保障。且其俸給金額，除特種情形外，不以勤務之數量而增減，而視其地位之尊卑爲定衡。蓋所以養其廉，而保其品位也。官吏之俸給，僅於官吏關係存續

中存在，其給付以金錢爲之，通常每月支給一次，爲定期給付之金錢債權。其權利直接根據官吏關係發生，爲公權一種。關於俸給之請求，不得爲民事訴訟之標的（註二二）。

俸給權之成立，與官吏關係不同，非成於同意行爲，而完全出於國家之單獨處分。其處分或即合併於任命行爲中爲之，或與任命同時，或於其後，另以他種方式爲之。如對某等官吏，豫有一般法則，或表格規定者，其權利隨任命而當然成立。如對同一地位，而有數級金額規定，須長官適宜指定之者，則於任命行爲之外，須以他項處分，定其金額；而有此處分以後，其俸給權乃告成立。又俸給之變更亦然（註二三）。

（二）卹金權

（甲）官吏之卹金

官吏之卹金者，乃官吏既經退職後，國家對於官吏之金錢給付，所以酬其在官時之勞，而充足其生計者也。卹金與俸給同，爲對於官吏服務之報酬，及充作其生活之費用。特一存於官吏關係存續之中，而一存於官吏關係終止之後，稍有不同而已。如前所述，官吏在官應竭其全部心身之力，爲國服務，除應得之俸給外，恆無他項收入，爲其生活上之資源。是國家對於官吏之終身生活，若不予以特別保障，則既無以維持其餘生，復不足贍養其家屬，將使世間不絕有「廉吏可爲而不可爲」之嘆。是以近世國家，恆以法律規定，授官吏以卹金權，視俸給權，尤可爲堅實保障。我國現時，亦有公務員卹金條例一種，以釐定一般官吏之卹金權。依該條例規定，官吏之卹金，有年卹金及一

次卹金二種。

(a) 年卹金

年卹金，乃對官吏在職一定年限以上，因有正當原因退職；或未達一定年限，因有特別原因退職者，所賜之終身年金也。依卹金條例規定，凡官吏有下列情事之一，經證明屬實者，得按其退職時俸給五分之一，按期給予年卹金；但受卹者，為委任警官或長警時，其年卹金，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，至成殘廢或精神喪失，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，勤務卓著，年逾六十，自請退職，但長警年逾五十，得退職受恤。又受次述之一次卹金後，在一年以內，因傷病增劇，以致殘廢或精神喪失者，亦得給予年卹金，但已給之一次卹金，應扣除之。(同條例第四條第六條。)

(b) 一次恤金

一次恤金，乃對官吏因公受傷或致病，而未達於領受年恤金之程度者，以一次為限，所給與之卹金也。依同條例規定，凡官吏因公受傷或致病，而未達身體殘廢，或精神喪失之程度者，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，以三個月俸給為率，為長警時，以六個月俸給為率。(同條例第五條。)

(乙) 官吏遺族之恤金

卹金尚有官吏遺族之卹金一種，乃官吏在職一定年限以上，或因公亡故時，對其遺族所賜之卹金也。遺族卹

金，所以酬官吏在服職務之勞，而維其遺族之生計，與官吏恤金相似，但一為對於官吏本身之給付，一為於官吏死亡後，對其遺族所為之給付，領受恤金權利之主體，各有不同。故從嚴格解釋，遺族恤金，實不能視為官吏自身之權利，惟其權利同自官吏關係發生，通常即以同一法規規定之。依卹金條例規定，官吏遺族之恤金，亦有遺族年恤金及遺族一次恤金二種。

(a) 遺族年恤金

凡官吏有下列情事之一者，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，得以其最後在職時俸給七分之一為率，對於長警，得以其最後在職時俸給三分之一為率；(1)因公亡故，(2)在職十五年以上病故，(3)受年卹金未滿五年而亡故（同條例第七條）。

遺族年卹金之支給，自該官吏亡故之次月起，至下列事由發生之月為止：(1)其妻亡故或改嫁，(2)其子女已成年，(3)其孫子暨孫女或弟妹已成年，(4)殘廢之夫，或殘廢之成年子女，能自謀生或亡故，(5)其父母或祖父母亡故（同條例第十四條）。

(b) 遺族一次卹金

官吏因公亡故者，除給予年卹金外，並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，對於警長，以十個月之俸給為率（同條例第八條）。官吏在職亡故者，依下列規

定，給予遺族一次卹金：(1) 在職三年以上六年未滿者，按其最後在職時兩個月之俸額給卹；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。(第九條。)

(c) 領受受卹金之順序

亡故者之遺族，領受卹金之順序如次：(1) 亡故者之配偶，但亡故之夫，以殘廢不能謀生者為限；(2) 未成年之子女，但成年而殘廢不能謀生者，亦得領受；(3) 未成年之孫子及孫女；(4) 父母；(5) 祖父母；(6) 未成年之同父弟妹。(同條例第十條。)

右述第一順序遺族亡故或改嫁時，其卹金移轉於第二順序遺族領受；經移轉後，受卹金人未成年亡故時，並得分別移轉於第三順序遺族領受。第一順序遺族亡故或改嫁，如無第二順序遺族時，其卹金按照順序，分別移轉於其餘各順序，但以一次為限。(第十五條。) 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，願拋棄其應領部分者，得以該部分卹金，勻給其他有權領受人。(第十六條。)

(丙) 卹金權之消滅

卹金權人，有下列情事之一者，喪失其權利：(1)褫奪公權無期，(2)喪失中華民國國籍（同條例第十一條）。卹金權人，有下列情事之一者，停止其權利：(1)褫奪公權尚未復權，(2)受年卹金後，再度任職（第十二條）。官吏得領年恤金者，自該官吏退職之日起，三年內不請求時，其權利消滅（第十七條及第十八條）。

(三)職務上實費請求權

官吏職務上所需之特別費用，其應由公家支給者，得請求支給相當之金額，是為職務上實費請求權。原官吏為國家執行職務，其所需物質上之手段，通常概由國家供給，無須自備。如設立官衙，購置家具什物，以及添備武器等，其費用必由國家負擔。國家有時且對官吏貸與官舍，授與制服，給以生活上之利益。惟國家對於官吏，除供給此等職務上通常所需之手段外，有時並給以職務上所需之特別費用。如因公差際費，及出差旅費（參照國內出差旅費規則）等，即屬其例。但其權利僅依法令規定，始能成立。官吏不得自立名目，請求支給。

職務上特別費用請求權，為公法上權利一種，與俸給權同。其金額或就實際支出之數，每度計其全額支給。或以法令預定一定數目，或定年額月額若干，按次支給之。前之場合，其數目實報實銷，不得涉於浮濫。後之場合，其實支之數，則必與法定之額相符。

第二 身分上之權利

官吏身分上之權利，以保持地位之權利，爲最主要。保持地位云者，即非因法定事由及法定程序，不受免職或停職處分之謂。故對某種官吏，就其免職或停職處分，法律上有其特定事由及程序限定者，其官吏即有保持地位之權利。

關於官吏地位之保障，依官吏種類而不同。通常以終身官及職務上有獨立性官吏之地位，保障最爲穩固，而以政務官之地位，最無保障。其他一般行政官吏，其地位有若何程度之保障與否，則各國制度，頗有不同。我國現制，除司法官及監察院監察委員，各有法定保障外，一般行政官吏，猶無保障明文規定。而實際上，屬官每隨長官之交卸而更代，長官以私情爲遷調，屬官視職位爲傳舍，地位不安，朝不保夕，幾無權利可言。

然保障官吏地位，使之努力奉公，安心守職，其利所及，豈特爲官吏者個人而止哉？尤其現代國家，公務日繁，從政人員，非有專門學術，固不能勝任而愉快，而非有長期經驗，更不足以練達其才能。故爲造就專門人材，提高行政效率起見，對於一般事務官之地位，終非有確實之保障不可。

考諸各國制度，除實行分贓制(spoils system)者外，其一般事務官之地位，咸有某程度之保障。法國在中央與地方，官吏之數，約八十萬，統於國務總理之下，構成官級系統(hiérarchie)。依其任務不同，全體別爲執行人員(agent d'exécution)與事務人員(bureaux)二種。後者直接屬於各部部长，地位頗爲安定，既不以內閣之更迭爲進退，亦不因制度之改廢而動搖。其地位之安定性，雖僅爲習慣法所保障，而於行政組織之健全，有莫大之功。

效。巴退露迷 (Barthélemy) 曰：「法國能耐幾多風雪，歷久未衰，實此行政結構中之安定性，有以致之也。」

保障官吏地位，尤以德國最為重視。德國本為官治之國 (Beamtenstaat)，一般官吏，品質優良，敏於任事，且精通事務，忠於職守，尊重地位。而國家待遇官吏，亦備極優隆；尤其對於官吏地位，保障甚為鞏固。德國自經革命，改為社會民主國以後，此風依舊不衰，而保障官吏地位，且規定之於國憲。憲法條文提案者狄林格 (Düringer) 曰：「余主張關於官吏地位之原則，必規定於憲法中，非欲侵害各邦之立法權，特對官吏之地位，與以最小限度之保障耳。」立法用意，可見一斑。而觀於憲法第一二八條規定，則以一般官吏為終身官，一倒他國之例外而為原則。其規定即以官吏非依法律所定條件或程序，不受暫時之免職，或命其休職退職，及轉任俸額較低之他職；關於職務上之一切處罰，並得聲明不服，請求再審。此外，詳細事項，則有國家官吏法 (Reichsbeamtenengesetz)，以規定之

(註二四)。

一般官吏，應否定為終身官，姑置勿論。總之，事務官之地位，實有保障必要。自立法上言之，凡事務官，應以法律規定，除受刑罰宣告或懲戒處分，而當然解職外，非因特定情形，不得反其本意而令其退職。其特定情形，可為例示如左：

- (一) 因身體衰弱殘廢，或精神喪失，不勝職務，經特設委員會審查確實者。
- (二) 因整個機關裁廢或合併，其原缺裁撤者。

(三)因機關組織變更，或經費緊縮，其缺額減少者。

但遇右述(一)(二)(三)兩項情形，其退職官吏，仍宜限定一定期限，命其補充他職，至萬不得已，真無他職可安插時，始得使之喪失地位耳。

第二項 官吏之義務

官吏關係所生之效果，就中以官吏對於國家所負之特別義務，為最重要。官吏之特別義務，為官吏服務規程所規定。然官吏並不因有此項規定，始負義務，其義務乃因任官行為，當然發生，官吏就官之同意，即其發生之根據。蓋官吏既已同意於任命，則擔任義務之承諾，固已包括於其中矣。官吏之義務，通常分為六種，即一執職之義務，二服從之義務，三忠實之義務，四嚴守秘密之義務，五保持品位之義務，六不為一定行為之義務。

(一) 執務之義務

執務之義務者，即現實擔任一定職務，而為其執行之義務也。官吏職務上之事務，首為法令規定，其次，則由職務上之長官，於法令範圍內，隨時指定之。惟執行職務之義務，僅現時在職之官吏，始應負擔，他如停職官吏，暫時不在職者，得免除其義務。在職官吏，因負有執務之義務，更有各種附帶之義務焉。

(甲) 躬觀執務之義務

官吏所有之職務，必須親身執行之。蓋國家對於官吏，既已限定條件，擇人而任，則官吏對於職務，自應親自執

行，不得將其責任，謾諸他人。故官吏有除正當事由，得委任他人代理外，不得任意委人庖代。

(乙) 專心職務之義務

官吏所有之職務，必須集中心力以執行之。蓋國家設官分職，原欲官吏分功任事，免生妨礙。故官吏以不得兼職或兼營他業為原則，尤其一般事務官，明令禁止兼職。其有特別情形，應行兼職者，則有嚴格限制，且須由主管長官會派，或得本屬長官之認許（註三五）。至公職以外之副業，依此類推，亦非長官認許不可。凡此限制，要皆所以防止其分心旁騖，不能盡其全力於本職也。

(丙) 居住於職務地之義務

職務地即指官署事務所之所在地。不問官署長官或官署屬員，皆應以官署事務所所在地，為職務上之住居地。至其住所與事務所間距離若何，法令雖無一定數字規定，要以能「依法定時間，到署辦公」為準。其為病中靜養等目的，經本屬長官許可，雖可暫離其地，而未經正當程序，則終不得擅離職守。

(丁) 準時到署之義務

官吏除例假病假，及有正當事由，經長官許可外，應依法定時間，到署辦公。其每日辦公時間，由政府或本屬長官，以命令定之。但遇緊急事件，逾辦公時間，猶未完全結束者，仍不得任意離署。又在給假期內，因有緊急事件，如奉長官命令，除病假外，亦應到署執務。

(二) 服從之義務

服從之義務者，即遵從長官於監督範圍內，所發命令之義務也。長官於監督權範圍內所發生之命令，爲職務命令 (Dienstbefehl)，已見前述。官吏因任官行爲之結果，對國家有服無定量勤務之義務；而國家對於官吏，則有包括的勤務請求權，以命其爲種種不特定之行爲。此國家勤務請求權，即由對該官吏有監督權之長官行使之。故長官於監督權之範圍內，得發職務命令，而官吏則有服從其職務命令之義務焉。

對於某一官吏，孰爲得發職務命令之長官，爲法令所規定，毋庸列舉。惟法令規定，未必明顯。尤其長官一語，法令中有时泛指職務上有指揮監督權之長官而言，即所謂職務上之長官是。有時用於狹義，單指得爲任免獎懲或得呈請任免獎懲之長官而言，即所謂身分上之長官是。由前之說，長官人數，自不以一人爲限，如以各部科員而論，則科長，司長，次長，以至部長，皆爲長官；又以各縣縣長而論，則省政府暨各廳長，皆爲長官。因此等長官，對於科員或縣長，皆有職務上之監督權也。由後之說，則一官署屬吏，單以官署長官，爲其上長官，本身爲官署長官者，則以監督官署之長官，爲其長官。如各部部員，以部長爲其長官，各縣縣長，以民政廳長爲其長官是也。得發職務命令之長官，不以身分上之長官爲限，凡職務上有監督權者，皆得發布之。

職務命令，爲職務上有所指示而發之命令，其命令內容，當以職務上有關係之事項爲限。蓋官吏僅於職務有關係之事項，須服從長官之監督，若離開職務，即無服從其指示之義務，如於職務無關之私生活，長官即不得以命

令而干預之矣。惟於職務有關係之事項，尙有二種之別：其一，關於單純職務之執行者，如命官吏處理職權內之事務，及指示其事務處理之方法是。其二，關於執務上應取之態度者，如禁止有礙執務之行爲，及執務上必要之行動是。不問何者，凡長官皆得以職務命令指示之。

職務命令之有效要件，除右述外，則與一般行政行爲無異，其詳姑待次章論之。凡有效之職務命令，不問違法與否，官吏必須服從，否則將受懲戒處分。惟就此問題，學說未臻一致，茲可分別三說，以討論之。

(甲) 絕對不服從說

此說謂違法之職務命令，官吏絕對無服從之義務。如對違法命令而遵從之，則須自負其責。

(乙) 相對服從說

此說謂職務命令違法與否，官吏原則無審查權，惟其命令違反法律，顯而易見者，則不負服從義務。

(丙) 絕對服從說

此說謂職務命令，苟具有有效成立之要件，則不問其違反法規與否，官吏概有服從義務。

以上三說，究以何者爲最妥當？頗有討論餘地。考第一說，本爲劉甯所主張。劉氏謂官吏就其自身行爲適法與否，須自負其責任。以故對於職務命令，官吏有審查權，若其命令果屬違憲或違法者，則無服從必要（註二六）。顧劉氏立論，以德國官吏法第十三條爲依據，以德國國法之解釋言，雖非不可謂爲正當見解；而我國國法中，並無與德國

官吏法第十三條相當之規定，若違移之以爲我國國法之原則，未免削足適履。故此說根據，殊嫌太弱。論者因又別尋見地，以爲服從長官之職務命令，雖爲官吏之特別義務，而官吏一方面尙有服從國家法令之義務，不能以服從長官命令之故，而拋棄其服從一般法令之義務。且法規各有形式上之效力，凡各個處分命令，不得與法規相抵觸。故長官發布違反法令之職務命令時，屬官得以服從法令之義務，勝於服從職務命令之義務爲理由，而拒絕其服從。此說爲野村教授所主張（註二七），論據似較前說爲有力。然其所謂違反法令，範圍甚廣，卽一般行政處分之無效問題，亦已包括在內。於此吾人可以剖析爲兩問題，而論定之。第一，若職務命令之內容，非僅爲單純之違法，而直命其爲法律上不可能或禁止之事項時，就此問題，自可與一般行政行爲同樣解答，視爲當然無效。如長官以未達施行日期之法律，命其屬官施行，或以觸犯刑罰行爲，命其爲之，屬官當然不有服從義務。然於此等場合，非特以職務命令不能成立，乃直不能成一行政處分。凡不成立之行政處分，不能視爲國家作用而有效。官吏既有優先服從一般法令之義務，對於此種命令，自得拒絕之。關於此，其主張與吾人之見解，原不相左。其次，若其職務命令，得以國家作用而成立，則其內容違法或否，屬官殊無審查之權。蓋對於法律之適用，長官有解釋權，爲法律上所當然。雖解釋上之意見，難免不有差池，而長官若以自己之解釋，並不違法者，則屬官終非服從其解釋不可耳。

第二說，爲該阿爾格梅也及美濃部教授初年所主張（註二八），謂官吏對於職務命令，除有形式上之審查權（註二九）外，若其命令實質，違反法律，顯而易見者，官吏無服從之義務。然其所謂違反法律，顯而易見云云，程度甚難

確定。其指因有法律上重大瑕疵，根本不能以國家作用而成立乎？對此問題，其答解已見右述。其指單純違法，顯而易見乎？此時如認屬官有不服從權利，則奚啻認官吏有實質上審查權，其說不能成立，亦既右述。

至第三說。本為拉龐德及呵督梅也等學者所主張，直謂官吏對於長官之職務命令，無實質上之審查權。其說與上述解說，不相衝突之限度，自為吾人所贊同。查民國二年時代，曾有官吏服務令發布，其第二條但書規定：「所發命令，有違法令之規定者，屬官無服從義務。」現行官吏服務規程，已將此項但書刪去。立案本意，究以授官吏以實質上之審查權，則恐階級顛倒，紊亂秩序，有失國家意思之統制乎？抑以法令解釋，意見易起紛歧，其間究以誰之解釋，為最正當，恐不易於決定乎？命意安在，姑不推斷。要之現行法既將該項但書刪去，實已不認官吏有實質上之審查權矣。故現行法之解釋上，亦以採取第三說為妥。但屬官雖應服從長官，於監督範圍所發之命令，而對於長官所發命令，有意見時，仍得隨時陳述之（同規程第五條）。

官吏之服從義務，有二例外場合，得免除之。其一，有二以上職務命令彼此抵觸之場合。官吏恆有多數之長官，如長官之間有上下階級之差別時，祇應服從最上級長官之命令。若階級相同，而僅為主管與兼管之差別時，則應服從主管長官（即身分上之長官）之命令（官吏服務規程第六條）。其二，職務上有獨立地位之場合。凡職務上有獨立地位之官吏，得以自己意見，獨立行其職務，於某範圍以內，得不服從長官命令。一官吏職務上有無獨立地位，通常為法規所規定。但視其職務性質，亦有當然可推定者，如教育官，技術官及審查委員會等，其職務上即當

然有獨立之地位也。

(三) 忠實之義務

忠實之義務者，即對於職務，應依自己意見，以自認爲最合於國家之利益者，乃盡力行之之義務也。官吏除服從長官之命令外，尙應負有忠實的義務。官吏服務規程第二條謂：「官吏應……忠心努力，恪守誓言，執行職務。」命意蓋即在此。良以官吏於官吏關係中，除有一般人民之義務外，尙有特別之勤務義務，而其義務則不能單以服從長官命令，即謂已盡。凡任官吏自由判斷之場合，均須就自信以爲最合於國家之利益者力行之，其不利者力避之。至若瞻徇私情，犧牲國家利益，明知不利國家之行爲而爲之，即不抵觸法規，背反職務命令，而終不能謂已盡厥職也。

忠實義務，恆於服從義務減輕之場合而加重。蓋長官對某事項，已有職務命令明示，則祇須服從其命令，即能合於國家利益，自身已無再加判斷之必要矣。故忠實義務，於高級長官，受職務命令之機會最少者，爲最重要。如行政院各部部长，全權大使公使，及軍司令官等，其所有忠實義務，實較服從義務爲尤重要焉。

官吏之忠實義務，亦以於職務有關之事項爲其範圍。凡於職務無關之私生活，則與人民處於同一地位，不負任何特別義務。如關於政治上之活動，亦以與普通人民，有同等之自由爲原則。凡關於政治意見之發表，選舉權之行使，及國民代表之擔任等等，官吏皆有充分之自由。

官吏得爲罷工或怠業與否，於此亦可附帶論之。德法等國，其官吏與普通工人有同樣之團結自由。德國自革命以後，且以官吏關係，視爲僱傭關係，學者因有自團結權（*Kolitionsrecht*）演繹，以官吏亦與普通工人有同樣之罷工權。就此問題，學者頗有爭論。然主張有此權利者，猶屬少數。其反對理由，或以官吏既已宣誓就職，對國家負有忠實義務。則應竭盡忠誠，爲國服務。所謂官吏之罷工權者，實與此種義務，絕對不能相容。或以官吏罷工，擅離職守，乃違反義務之行爲，爲懲戒處分之原因。

總之，官吏既與國家構成特別關係，負有一般人民以上之特別義務，自應忠心努力，恪守誓言，依國家所命，執行職務。其不願欲之時，亦應提出辭職，俟其許可，再離職位，以解卸其特別義務。以故官吏對於國家，祇有忠實服務，或請求辭職，二途任擇其一。而不容處於二者之間，完全保有官吏身分，而又任意拋棄義務。是以我國現行法中，就官吏罷工與組織工會，皆以明文禁止之（參照工會法第三條第二三條第四款。）

（四）嚴守祕密之義務

嚴守祕密之義務者，即對本機關之祕密，不問是否屬其主管事務，均不得洩漏之之義務也。依官吏服務規程規定，凡「官吏對於本機關之機密，及未公布事件，無論是否主管，均不得洩漏之。退官後亦同」（同規程第七條）。至何等事項爲本機關之機密事件，或爲法令直接規定；或由長官，以命令隨時指定；或依自己判斷，就事件之性質決定之。

官吏應守秘密之義務，不因兼職而消滅。如官吏兼任國民代表時，不能以國民代表地位，將本機關之秘密洩漏之，否則不免違反義務。官吏在法院為證人或鑑定人時亦同，如訊及其職務上應守秘密之事項時，非得該長官之允許，不得陳述（刑事訴訟法第九十七條及第一百十七條，新刑事訴訟法第一六六條及第一八四條。）此外，法律且認官吏就其職務上秘密，得拒絕為證人或鑑定人（民事訴訟法第二百九十五條第一項第三款及第三百一十一條，新民事訴訟法第三〇七條第一項第四款及第三一七條。）

（五）保持品位之義務

保持品位之義務者，即不論其在執行職務與否，均應誠實清廉，謹慎勤勉，不為有損品位行為之義務也。蓋官吏為國家之公務員，行己立身，與國家息息相關。苟素行不修，驕縱貪惰，濫用職權，失墮信用，則貽禍國家，莫此為甚。故有損官吏品位之行為，不可不勉力避之（服務規程第三條。）

（六）不為一定行為之義務

官吏除有右述各種義務外，尚負不為其他一定行為之義務。依官吏服務規程所定，其義務有如下各種：（1）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，以加害於人。（2）在職務內所保管文書財物，不得遺失，毀棄，利用，變更，或借供私人營利之用。（3）無論直接間接，均不得兼營商業，或公債交易所等一切投機事業。（4）對於屬官，不得推薦人員，並對其主管事件，不得為親故關說或請託。（5）對於有隸屬關係者，無論涉及

職務與否，不得賄受財物；關於所辦事件，不得收受外間饋遺。(6)對於下列各項與其職務有關者，不得私相貸借，訂立私人間互惠契約，或享受不當利得：(a)承辦本機關或所屬機關工程者，(b)經管本機關或所屬事業之來往款項之銀行錢莊，(c)承辦本機關或所屬事業公用物品之商號，(d)受有官署之補助費者(同規程第四條第十條至第十六條。)上列(3)項以下各種行爲，其本身雖未必違反官吏義務，然若不禁之，易致發生違反義務之結果。故對於此等行爲，法規亦禁止之。而於其禁止之範圍內，官吏即負有不行爲之義務焉。

第三項 官吏之權能

官吏對於國家，除有各種權利外，並享有各種利益。其主要者，即以勳章禮遇之賞賜，及警察上刑罰上之保護等屬之。此等利益，學者亦有視爲權利。殊不知勳章與禮遇，爲維持官吏之尊嚴所賜與，其賜與全出於國家之恩惠；官吏不得爲自動之請求，當然不能以官吏之權利目之。至警察上及刑罰上之保護，乃爲免除執職上不當妨礙，所授與之直接對抗手段，及間接所予之保護；其制度原爲保護一般公益而設，非爲官吏個人而設，自亦不得目爲權利。要之，官吏所受此等利益，特不過制度上之反射作用耳。

第五款 官吏之責任

第一項 概說

官吏有違法令，背反義務之時，須受一定制裁，從而就其非違行爲，須負相當責任。官吏所有之責任，可依性質，

別爲懲戒責任，刑事責任及民事責任三種。但此三種責任，非有互相排斥性質，依違法事實如何，有時得以三者並存，有時僅存其一或二。

就中懲戒責任一種，爲違反官紀所生之責任，不待他種法規規定，亦能成立。而刑事民事責任，則除違反官吏義務外，尚須因其違反而生之犯罪事實，或權利侵害，始能成立。此後二者，其研究原屬民刑法學範圍，於此似無論述必要。惟其犯罪或侵權行爲，既因違反官吏義務而生，則亦有行政法上意義，此處亦可相並論之。

第二項 懲戒責任

官吏與國家間有特別關係，應依官吏服務規程等所定，對國家盡其勤務義務，已如右述。凡官吏有違此等規定，背反義務之時，就其非違行爲，須受國家以不利益之制裁，是爲官吏之懲戒責任。他面，國家對於官吏，於其違反義務之時，有一種權力，科以一定制裁，以維官紀，是爲國家之懲戒權（*Disziplinargewalt*）。依懲戒權所科之制裁，爲懲戒罰（*Disziplinarstrafe*），應受懲戒罰之人，爲懲戒犯（*Disziplinarverbrechen*）。茲就官吏懲戒之性質，法規，事由，種類，及懲戒機關，懲戒程序等，分述如左。

第一 懲戒之性質

一般而言，懲戒原爲對於負有特別義務者，於其違反義務時，所加之不利益處分。故在行政範圍，所謂懲戒，殊不以施於官吏者一種爲限，他如對於國立學校學生，亦得加以懲戒處分。惟官吏爲國家之公務員，對國家負有特

別義務，於其違反義務之時，國家得以特別權力，科以懲戒。故官吏之懲戒云者，乃國家為維持官紀，依其特別權力，對於官吏違反義務行為，所科之處罰也。就此定義，請為析述如左。

(一)懲戒者，處罰也。

懲戒為科罰之處分，於此性質，與刑罰無異。

(二)懲戒者，對於官吏違反義務行為，所科之處罰也。

懲戒為對於官吏違反義務行為，所加之處罰，在此點上，殊與刑罰有別。蓋刑罰為對侵害社會法益行為，所科之處罰，以罰犯罪，懲戒為對於官吏違反義務行為，所科之處罰，以罰懲戒犯，兩者所罰對象，各有不同。

(三)懲戒者，依特別權力所科之處罰也。

懲戒為依懲戒權所科之處罰，在此點上，又與刑罰不同。刑罰為國家刑罰權之作用，係屬一般統治權之發動，而懲戒為懲戒權之作用，乃對官吏之特別權力，所生之效果。兩者所依據之權力，各有不同。故官吏之職務犯罪，至退官後，亦得科以刑罰，而懲戒權則與官吏退官同時消滅，至退官後，原則上已不得援用之矣。

(四)懲戒者，以維持官紀為目的者也。

官紀即一般官吏關係中之秩序。官吏之懲戒，以維持一般官吏關係中之秩序為目的。在此點上，懲戒又與刑罰不同。蓋刑罰所以維持一般社會之秩序，而不以維持官吏關係中之秩序為目的也。

懲戒與刑罰不同，有如上述。故刑法中關於併合、牽連、及時效等之規定，於懲戒不適用之。又一事不再理之原則（*Principium ne bis in idem*）亦然。

第二 懲戒之法規

官吏既爲就官承諾，而自服於國家之特別權力。其服於國家之懲戒權，即已包括於其承諾中。故國家於其權力範圍以內，對於官吏施行懲戒，已無待於特別規定，既可不必以法律爲根據，亦可不必以命令爲根據矣。然實際上對於官吏之懲戒，恆有特別法規制定。推其制定命意，蓋非所以規定懲戒權之根據，而所以限制懲戒權之發動，即限定非依法定事由及程序，不得施行懲戒。又懲戒既以維持官紀爲目的，則其權力之當然作用，自以目的上所必要之範圍爲限，如徒刑、拘役及罰金等，超出必要範圍之處罰，非有特別法律根據，原則上不得科之。

現行公務員懲戒法，其適用範圍甚廣，除軍官外，其他一般文官，自國民政府主席，下迄地方委任官吏，皆適用之。至於一般軍官，其懲戒爲陸海空軍懲戒法所定，須俟各論軍政法中，另詳述之。

第三 懲戒之事由

官吏違反義務，須受懲戒處分，已如前述。然法律並不以各種違反義務行爲，一一列爲懲戒事由，但就行爲之實際表現，爲概括之規定。依公務員懲戒法第二條規定：「公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：一違法，二廢弛職務，或其他失職行爲。」此條規定，文義簡賅，實際上可目爲違反義務之一切行爲，殆已包攝靡遺矣。

第四 懲戒之種類

懲戒以維持官紀爲目的，故所用之處罰，除責其既往，儆其將來外，不得出於剝奪因官吏關係所生之權利或利益。現行法中所設懲戒處分，亦即本此原則規定。依該法所定，懲戒處分，第一，可依手段，分爲五種：(1)免職，(2)降級，(3)減俸，(4)記過，(5)申誡。免職免其現有之職外，並於一定期間，停止任職。其期間爲一年以上，五年以下。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，比較每級差額，減其月俸，其期間爲二年。減俸依其現在之月俸，減百分之十或百分之二十支給，其期間爲一月以上，一年以下。記過自記過之日起，一年內不得進級，一年內記過三次者，由主管長官，依減俸之例減俸。申誡以書面或言詞爲之。但上述(2)至(4)各種處分，於選任政務官，及立法委員，監察委員，不適用之；(2)種處分，於特任特派之政務官不適用之（公務員懲戒法第三條至第八條）。懲戒處分，其次，可依目的，分爲二種：(1)矯正懲戒（*Korrek-tive Disziplin*），以使官吏反省，勿蹈前愆爲目的。(2)淘汰懲戒（*epurative Disziplin*），以無改善希望，排諸官吏關係之外爲目的，上述五種懲戒處分中，僅免職一種，爲淘汰懲戒，其餘四種，概爲矯正懲戒。

第五 懲戒之機關

官吏之懲戒，本得由有監督權之長官行之。因國家對於官吏之特別權力，通常即由其長官，於國家機關之地位行使之也。惟現代國家，爲尊重官吏地位起見，恆設特別懲戒機關，除法令別有規定外，皆使其特別機關，施行懲

戒。我國現有懲戒機關，雖依官吏種類略有不同，而全國大多數官吏，皆屬特設機關懲戒，固亦同此原則。依公務員懲戒法第十條規定：（1）被彈劾人爲選任政務官者，送由中央黨部監察委員會懲戒；（2）被彈劾人爲上項以外之政務官者，送由國民政府懲戒；（3）被彈劾人爲事務官者，送由公務員懲戒委員會懲戒。如同一懲戒事件，被彈劾者不止一人，而不屬於同一懲戒機關者，應移送官職較高者之懲戒機關，合併審議。至薦任職以下官吏之記過或申誡，則逕由主管長官，決定行之。

公務員懲戒委員會直隸於司法院，形式上爲司法機關，分中央公務員懲戒委員會與地方公務員懲戒委員會二種。前者掌管薦任職以上官吏及中央各官署委任職官吏之懲戒事宜。內置委員長一人，委員十一人至十七人；其中六人至七人，簡任，餘就現任最高法院庭長及推事中，簡派兼任。後者設於各省，掌管各該省委任職公務員之懲戒事宜。各置委員長一人，由高等法院院長兼任，委員七人至十一人，由司法院就高等法院庭長及推事中，遴派四人至六人，餘就省政府各處廳現任公務員遴派。直隸於行政院之市，亦設地方公務員懲戒委員會，由地方法院院長，兼任委員長，及遴派地方法院庭長及推事，兼任委員組織之。懲戒事件之審議，在中央公務員懲戒委員會，應有委員七人出席，在地方公務員懲戒委員會，應有委員五人出席，並各由委員長指定一人爲主席（參照修正公務員懲戒委員會組織法）（註三〇）。

第六 懲戒之程序

官吏有違法失職之事由時，原則上應先由監察院提起彈劾。其彈劾案，或由監察委員會提起，或由行政長官，送請監察院提起之。前之場合，監察委員得單獨提起彈劾案。提出時，由院長指定監察委員三人審查，經多數認為應付懲戒者，監察院即將被彈劾人，移送懲戒機關。如彈劾案經審查認為不應交付懲戒，而提案人有異議者，應即將彈劾案，再付其他監察委員五人審查，以為最後決定（參照監察院組織法及彈劾法）。後之場合，由各院部會長，或地方最高行政長官，將官吏違失案件，備文聲敘事由，連同證據，送請監察院審查。監察院認為應付懲戒者，再將彈劾案，連同證據，移送各級懲戒機關。但薦任職以下官吏，有違失時，得由主管長官，逕送公務員懲戒委員會審議。不必送請監察院，審查轉送（公務員懲戒法第十一條第十二條）。

懲戒機關，對於所受移送之懲戒事件，必要時得指定委員，先行調查。除依職權調查外，並得委託行政或司法官署行之。一面應將原送文件，抄交被付懲戒人，並指定期間，命其提出申辯書，必要時並得命其到場質詢。如被付懲戒人，不於法定期間內，提出申辯書，或不遵命到場者，懲戒機關得逕為懲戒之議決（同懲戒法第十三條至第十五條）。懲戒之議決，以出席委員過半數之同意行之。出席委員之意見，分三說以上，不得過半數之同意時，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，至人數過半數為止。懲戒之議決，應作成議決書，由出席委員全體簽名。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，並登載國民政府公報或省市府公報（同法第二〇條第二一條）。

懲戒與刑罰間，不適用一事不再理之原則。故對於官吏同一行為，不妨科以二種處罰。此二處罰並科程序，性質上本係各自獨立，不相牽涉。但法律上為謀便利起見，不使二者同時進行，獨使刑事事件，提先結束，是為刑事程序先行之原則。依公務懲戒法規定，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；同一行為已在刑事偵查或審判中者，不得開始懲戒程序；同一行為，在懲戒程序中，開始刑事訴訟程序者，於刑事確定裁判前，停止其懲戒程序。但就同一行為，已為不起訴處分，或免訴或無罪之宣告；或雖受刑之宣告，而未褫奪公權者，仍得為懲戒處分（同法第二二條至第二六條）。惟此項原則，於主管長官之懲戒，不適用之。即使刑事程序，已經開始，主管長官，仍得同時為記過或申誡之處分。

第七 懲戒權之消滅及停止

懲戒權因官吏關係之終止而消滅。蓋懲戒權為官吏關係中之作用，其發動以官吏關係之存在為前提，若官吏關係，既經解除，則懲戒權亦隨之消滅。故凡官吏在職時之行為，至退職後，以不得施行懲戒為原則。又退職者他日復為官吏時，就其前任行為，亦不得施行懲戒。

但懲戒權不因官吏之轉職而變動。蓋懲戒為對有官吏身分者，所加之處分，官職變更之後，其身分依然存在，因之對於前職在職中之行為，仍得施行懲戒。惟已轉任之官職，與前任之官職，異其懲戒之法規者，則前職中之行為，已不得懲戒。因對前職所用之懲戒法規，此時已不能適用矣。然轉職與退官後再任官職場合不同，蓋官吏關係，

不因轉職而消滅，因之其懲戒權，亦不消滅，不過因轉任懲戒法規不同之他職，而暫時停止。故其官吏以後如再回任與前職受同一懲戒法規適用之官職時，就其前職行爲，仍得施行懲戒。

第三項 刑事責任

官吏不在執行職務，而僅以一人資格，觸犯竊盜，殺人等犯罪時，應以私人資格，而負刑事上責任，固不待論。至於官吏，以其特別地位，觸犯於職務有關係之犯罪時，亦同須負刑事上責任，而受國家以刑罰之制裁，亦爲理之當然。蓋官吏應依法令執行職務，已如前述。當其執務之際，觸犯法禁，而爲刑法上之犯罪時，則其行爲，不特紊亂官紀，抑且侵害社會法益。故國家對於此種官吏，除加以懲戒處分外，並科以刑罰制裁。官吏之職務上犯罪，可大別爲二：一職務犯，二準職務犯。

第一 職務犯

職務犯，乃惟官吏及其他公務員，始得而爲之犯罪，其行爲又有二種之別：一放棄或濫用職權行爲，即委棄守地，故意出入，不正追訴，不正執行，額外浮收，及洩漏祕密等是（刑法第一三二條至第一三九條新刑法第一二〇條第一二四條至第一三三條）。此等行爲，皆係職務行爲，原則上非官吏或其他公務員，不得爲之，二賄賂行爲，即要求期約或收受賄賂，或其他不正當利益之行爲是（刑法第一二八條至第一三一條，新刑法第一二一條至第一二三條）。此等行爲，雖普通商事公司之受僱人，亦能犯之，然不因刑法上之瀆職罪而受罰，仍與官吏犯罪有所

不同。

第二 準職務犯

準職務犯，乃官吏以外之一般人亦得而爲之犯罪，特官吏觸犯之時，則較一般人民，加重其刑，即所謂加重犯是。例如普通個人，意圖爲自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有之他人所有物者，處以五年以下有期徒刑，得拘役，得併科或易科一千元以下罰金。而對公務上所持有之物，犯前條之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三百元以下之罰金（刑法第三五六條第三六七條，新刑法第三三五條第三三六條但新刑法又加重。）又公務員假借職務上之權利，機會或方法，以故意違犯瀆職罪以外各罪者，亦加本刑三分之一（刑法第一四〇條，新刑法第一三四條。）

第四項 民事責任

官吏之民事責任，亦須別爲職務外侵權行爲與職務上侵權行爲，而說明之。凡官吏不在執行職務，而僅以一人資格，不法侵害他人之權利時，應依一般私法上之原則，而負其賠償責任，亦屬當然。民法第一八四條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負其損害賠償責任……違背保護他人之法律者，推定其有過失。」依此原則，官吏以私人地位，不問違反私法或公法，並不問侵害第三人或國家利益，均應負其賠償之責。例如官吏，於假日在公衆運動場擲球，失手毀損附近店家玻璃窗戶，或爲私事至他機關訪友，錯誤毀壞其機關之設備物件者，

應依本條前段而任其責。又除違反私法外，因違反刑法或警察法等「保護他人之法律」而侵害他人或國家之權利者，亦應依本條後段而任其責。

惟官吏之民事責任，於行政法上特有研究之意義者，厥為職務上之侵權行為，官吏職務上侵權行為之賠償責任，須分對於第三人之責任與對於國家之責任，而論定之。

第一 對於第三人之責任

官吏以職務上不法行為，侵害第三人權利場合，應依民法第一百八十六條，負其損害賠償責任。依本條規定：「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。準是，則官吏不問在私法關係中或公法關係中，所為不法行為，除本條第二項情形外，原則皆應負其賠償責任，蓋官吏之職務上行為，以其為機關行為觀察，雖有所謂私經濟行為與公權力行為之別，以別其應受私法或公法之適用，而以個人行為觀察，可不設此區別。因此時其侵權行為，祇作個人行為而論，與關於官吏之懲戒責任，其違反職務行為，祇作個人行為而論，正復相同也。惟本條解釋，次之三點，應加注意。

(一) 侵權行為之成立，須對於第三人之關係中為違法。本條所謂「違反對於第三人應執行之職務」即係

此意，蓋法規有內部法規與外部法規之別，內部法規，所以規律官吏與國家間關係，官吏違反內部法規，僅為對於國家勤務義務之違反，於國家以外之第三人，直接不生關係。而外部法規，所以規律國家與人民間之關係，不特拘束官吏，且有對人民拘束國家之效力。故惟官吏違反勤務義務，同時違反外部法規場合，始為對於人民即第三人違法。惟此際所謂外部法規，殊不以公法為限，違反私法，亦得目為違法。如運送官吏，違反私法中關於運輸之規定，或代行公證人職務之法院書記官，違反民法中關於遺囑之規定，固同為違法侵害也。

(二)須因故意或過失，而異其賠償之責。官吏個人責任，須採過失主義，所不待論。惟官吏之職務，與私法上受任人之職務不同，其執行恆受法律之拘束，不能自由拒絕，且所任事務，甚為繁雜，如責以普通私法上之過失，殊失苛刻，從來解釋，多謂公務員之職務上不法行為，僅以有重大過失，即有故意或不可容忍之過失時為限，負其責任，即本此意。民法本條規定，依德民法例，亦因其出故意或過失，而異其賠償責任，大抵亦本此意也（註三一）。依本條規定，其因故意致第三人權利受損害者，常應負其賠償之責。在被害人縱有他項方法可受賠償，亦得先請官吏賠償。反之，其出於過失者，則以不能依他項方法，受賠償時為限，始應負責，被害人不能自由選擇。即被害人此時如能依法向國家或他人請求賠償，且能取得償金者，即不能向該官吏請求賠償，而官吏乃可免除其責任矣。

(三)官吏之職務上行為，一面為官署之行為，因官署之不法行為，致第三人之權利受損害時，被害人並得依他種法律上之方法，請求救濟。現行法中所認救濟方法，計有聲明異議，訴願，行政訴訟，民事訴訟等各種，如後所述。

被害人若得依此等救濟方法，除去損害者，自應先以此等方法除去之。如被害人得依此等救濟方法，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（民法第一八六條第二項）。

第二 對於國家之責任

官吏違反對於國家之義務，以不負損害賠償責任為原則。因官吏之於國家，為公法上關係，不能直接援用民法規定，而現行法中，此外並無一般規定，以定其賠償責任也。但如出納官吏等，負有保管國家財產之責者，若違反刑法規定，侵占其所保管之現金或物品，使國有財產減少，或違反會計法之規定，使屬其保管之現金或物品，遺失或損害時，應對國家負其賠償責任（參照舊會計法）。關於此等例外場合，尚待各論財政法中，另詳論之。

第六款 官吏關係之變更及消滅

第一 官吏關係之變更

官吏關係之變更，即官吏不失原有身分，而僅變更其官職之謂。官職變更之場合有四：即一轉官，二轉職，三休職，四停職是。

（一）轉官

轉官或稱調任，係指由一官職，轉調於他種類不同之官職者而言。如由文官調充武官，由司法官調充行政官，或由某等文官，調充同等以下之文官是。轉官以須得本人之同意為原則，不得反於本人意思為之。蓋官吏非有無

限制之勤務義務，僅於限定範圍之內，同意於其服務而已。若國家以單方行為，命為種類不同之他官職，不外命以新之義務，其須得本人同意，自屬當然。尤其法院責任推事地位特有保障，非有法定原因並依法定程序，不得將其轉調（法院組織法第四〇條）。

（二）轉職

轉職或稱借補，係指在同一官職內，由一職轉補於他職者而言。轉職原則上不必本人同意，得以國家單方意思行之。因官吏於其官職範圍之內，固有依國家所命，而服其勤務之義務也。

（三）休職

休職即命官吏暫時休止職務之謂（公務員懲戒法第十六條所謂停止被付懲戒人之職務，實與此之休職相當）。休職官吏，仍保有官吏身分，不過被命不為現實擔任職務而已。故官吏在休職期間，除執務之義務外，其他義務，與在職官同，仍負有之。凡官吏有下列情形之一時，國家得命其休職：（1）在監察院彈劾或懲戒機關審議中，認為情節重大者（公務員懲戒法第十六條第一項）；（2）關於刑事案件，繫屬於法院者；（3）因機關廢止或合併，其原缺裁撤者；（4）因機關組織變更或經費緊縮，其缺額裁減者。在（1）（2）兩項情形，官吏休職期間，僅以其事件審議未完竣或審判未決定前為限。及審議或審判程序終結，如未受免職處分或科刑之判決者，應許其復職，並補給休職期內俸給（同法第六條第二項）。在（3）（4）兩項情形，其休職期限，須為特別指定，而於休職期內，

隨時可命復職，及至休職期滿，始為當然退職。此最後兩項辦法，乃為保障官吏地位而設，將來制定保障法時，須以明文定之。

(四) 停職

停職原為懲戒處分一種，即於一定期間，剝奪官吏職務之謂。舊懲治官吏法（一五年二月十七日國府公佈），曾有停職處分規定：即「停職停止一月以上六月以下職務之執行，並停止其俸給」又禁烟考績條例（一九年二月四日行政院公佈同日施行），水利官員考績條例（一八年三月三十日內政部公佈）等，亦有類似規定。現行公務員懲戒法中，無是明文，蓋對於一般官吏，已不認有此種懲戒處分矣。法院組織法第四〇條，規定實任推事及檢察官，非有法定原因並依法定程序，不得將其停職。其所謂停職，乃右述休職之義，而非此之停職。又公務員懲戒法第十六條所謂停職，亦與休職相當，既如右述。

第二 官吏關係之消滅

官吏關係，或因一定之事實而消滅，或因一定之行為而消滅。其消滅原因，可分述如左：

(一) 一定之事實

官吏與國家間所有特別關係，因有左列事實發生，而當然消滅。

(甲) 死亡

(乙) 喪失國籍

任官以有本國國籍爲要件，前既述之。故官吏喪失國籍，其官吏關係，亦應消滅。

(丙) 受褫奪公權之宣告

(丁) 休職期滿

官吏因組織變動，或員額裁減，而被命休職者，至休職期滿，乃當然退職，業已前述。

(戊) 刑之宣告及執行

官吏依刑事確定判決，受拘役以上之宣告，及在執行中者，亦爲當然退職（公務員懲戒法第一七條第一款及第三款）。

官吏因右述(乙)以下各項原因，而當然解除其關係者，學者概稱退職。

(二) 一定之行爲

官吏關係，又因一定行爲而消滅，其行爲有出於官吏之意思者與出於國家之意思者之別，前者謂之辭職，後者謂之免職。

(甲) 辭職

任官行爲，既因就官人之同意而成立，則官吏關係，亦應得由官吏提出辭呈，而解除之。故理論上官吏隨時得

爲辭職。蓋官吏如無辭職自由，則須終身反其本意，而負特別義務，是則已非今日之法律思想，所能容許矣。惟官吏就官以後，須完全服從國家法令，解除官吏關係，亦須依據法令爲之。如國家因事務關係，或爲懲戒處分，及其他必要，於相當期間，未予照准者，其權利義務，仍不消滅。故官吏自動辭職場合，國家雖不得無理拒絕，而辭職效果，須待國家准許，始發生耳。

(乙)免職

免職卽由國家以單方意思，解除官吏之勤務關係之謂。國家對於官吏免職，除法規特有規定外，亦得隨時爲之。惟個人在官，享有種種利益，國家隨時免職，個人固有隨時剝奪利益之虞，而個人不能安心供職，國家亦有治績難期之患。故國家對於官吏免職，亦有特別限制。依我國國法言之，(1)對於終身官，如實任推事及檢察官者，除因懲戒處分外，幾乎不能任意免職(法院組織法第四〇條)。(2)對於自由任用官吏，如政務官，與終身官相反，隨時均可免職。(3)至於一般之事務官，理論上以不得任意免職爲原則。其免職除因懲戒處分外，僅有特種事由時，始得爲之。所謂特種事由，約以成績惡劣，不能合格，或精神衰弱，身體殘廢，不勝職務，及機關合併或額缺裁廢等屬之。關於此等事由，將來制定官吏保障法時，另宜詳加規定，亦既前述。

第五節 營造物及公物

第一款 概說

國家爲達種種目的，施行種種事務，除選用公務員外，更以一定之物及人物綜合之設備，爲其手段。如土地，建築，器械及貨財等，卽前者是；學校，郵政，工場，監所及軍備等，卽後者是。前者通稱公物，後者稱營造物。關於公物及營造物問題，爲行政法各論中所詳盡研究，似可不必於此論述。但各論中恆無一般說明，欲求一明瞭而有系統之觀念，仍以在總論中概括研究，較爲便利。故本章於論述行政上之人的手段卽官吏之後，特將此等物的手段而略述之。

第二款 營造物

第一項 營造物之觀念

第一 廣義之營造物

營造物(註三二)有廣狹不同之二意義(註三三)。就廣義言，營造物云者，乃行政主體，爲達一定目的，以人及物構成，而繼續設置之設備也。析言之如左。

(一)營造物者，以人及物構成之設備也。

營造物爲人物綜合之設備，以一定之人及物，爲其構成要素。雖營造物中，亦有以人的要素比較占重要者，與物的要素比較占重要者之別，而單以人或物所構成者，不得稱營造物。如公證人及巡迴講演員等，供諸行政上之

用之人，或道路河川等，供諸行政上之用之物，學者雖亦有同指爲營造物。然此兩者，均非以人及物合成之設備，非真正之營造物。且前者爲普通行政機關之職員，後者爲次款所述之公物，而各受組織法或公物法法理之支配。若概稱爲營造物，於分類上，亦無何等之實益耳。構成營造物之多數之人及多數之物，因技術上統一之結果，在法規上視爲整個之設備，而非各別之存在。如鐵道中多數從業人員，及諸種搬運器件，若就各別觀察，雖非全無意義，而以行政上之設備觀察，則以其全體爲一營造物焉。

(二)營造物者，爲達一定目的，而繼續設置之設備也。

營造物爲達一定行政上之目的而設置。其所欲達之行政上目的，可分三種：(1)增加財產上之收入。以增加財產上收入爲目的者，如國立工廠，專賣局及印刷所等是。(2)供諸行政上之公用。以供諸行政上公用爲目的者（公用營造物），如要塞堡壘，海陸空軍，監所，及學術研究院等是。(3)供諸一般公衆之利用。以供諸一般公衆之利用爲目的者（共用營造物），如學校，圖書館，博物館，郵政，電報，電話，鐵道，電車，公共汽車，自來水，煤氣，電燈，病院，及試驗所等是。上述三類營造物中，僅第(3)種供諸一般公衆利用，而與第三人間，發生利用關係；而第(1)(2)二種，非供一般公衆利用，與第三人不生利用關係。要之，不問何者，皆爲行政上繼續設置之設備，而非臨時之設施，如爲獎勵工商業之國貨展覽會，及爲建築道路之工程處等，僅於暫時期間設立，而無長久設置之性質者，皆不得爲營造物。

(三)營造物者，屬於行政主體之設備也。

右述各種之營造物，除屬國家絕對獨立設置者外，因國家之特許或放任，即私團體或私人，亦得設置之。如私立學校或病院，及其他一切民營公用事業，其性質與國家或自治團體之營造物，殊無根本之差別。然營造物為行政上之設備，非為行政主體所經營者，不得為營造物。故某一設備，是否為營造物，全視其是否屬於行政主體以為斷。惟屬於行政主體之營造物，各國法律不同，有為單純之行政手段者，有為獨立之行政主體者。如德法等國，為謀其財產與經費之固定起見，將營造物之大部分，設為獨立主體；僅其最高意思，由國家或自治團體，制定法規以供給之。我國現有一般之營造物，皆為行政手段，而無獨立人格，凡管理營造物之官公署，皆為國家或自治團體之機關，而非其他獨立主體之機關。至我國是否亦有獨立之營造物，姑待自治行政章中，再論及之。

第二 狹義之營造物

狹義之營造物，僅指廣義之營造物中，直接供諸一般公眾利用者一種而言。此種營造物，乃行政主體，依其設備，而與人民以種種利益，因以達成行政上之目的。其與他種營造物不同，專在此之一點。故狹義之營造物，詳言之，即不外行政主體，為供一般公眾利用之目的，以人及物構成，而繼續設置之設備也。

狹義之營造物，依其目的不同，更得別為四種：(1)以增進人民之精神上利益為目的者。此種營造物，又有教學用者與感化用者之別，如學校、圖書館及博物館等，即前者是；感化院及習藝所等，即後者是。(2)以增進人民之

身體上利益爲目的者。此種營造物，又有事前預防人民康健之危害者，與事後鎮壓人民康健之危害者之別，如自來水設備及衛生試驗所等，卽前者是；國立或公立病院等，卽後者是。(3)以進增人民之經濟上利益爲目的者。此種營造物，又有助長人民之實業者，與供諸人民之交通運輸者之別，如農業實驗所，蠶絲試驗場，棉業試驗場，工業試驗所，及國貨陳列館等，卽前者是；郵政，電報，電話，鐵道，及公共汽車等，卽後者是。(4)以救濟社會爲目的者。此種營造物，卽救濟院及殘廢軍人教養院等是。

營造物有廣狹不同之二意義，既如右述。此二意義，於學理之說明上，均屬必要。蓋營造物有其一般之法理，此一般法理，無論於廣義或狹義之營造物，皆能共通適用之。而狹義之營造物，因與第三人發生利用關係之故，有其特殊之法理，此種法理，則僅狹義之營造物可得適用之也。

第二項 營造物之成立及廢止

第一 營造物之成立

營造物爲行政上之設備，常爲國家或自治團體所設置。卽其營造物事業，爲國家所經營者，由國家設置；其事業爲自治團體所經營者，由自治團體設置之。惟營造物爲行政主體，爲達一定目的，以人及物集合而成之設備，欲設置之，必須經過次之諸種程序，始能完全成立。

(一) 法規之制定。

行政主體，設置一營造物，第一須決定其營造物之種類，及其活動之程序與方法。關於此等各點，通常必先制定法規，以規定之。尤其因營造物之設置，致限制人民之自由，或增加人民之負擔者，其限制或負擔，必須規定於法律，或其他依法制定之規章中。

(二) 構成要素之綜合設定。

營造物爲人的要素及物的要素所構成。行政主體，設置一營造物，必須指定一定之人，爲構成員。其構成員，即依公法選任，或依民法上之契約僱用之。至於物的要素，內容甚爲複雜，如土地，房屋，機械，器具，物品，材料等，普通之營造物，殆莫不具備之。此等物件，通常固依民法上契約，或單方行政行爲取得，而有時亦以現有之公物充之，或使其他之人負擔之。如是將人的要素及物的要素，設定完備以後，其人物綜合之設備，始克形成。

(三) 開始使用之表示。

營造物爲達行政上目的之物，單有人物綜合之設備，猶未達其目的。欲達成其目的，尚須開始其使用，易言之，尚須爲開始使用之意思表示。其開始使用之表示，通常即依明示或默示之行政處分爲之。如電信工事完成以後，逕着手於通信事務之執行，卽其默示的表示也。

第二 營造物之消滅

營造物因行政主體之廢止而消滅。凡其設置爲法律所規定者，卽因法律之改廢而消滅；其設置爲行政行爲

所決定者，即由行政機關之廢止處分而消滅。營造物除其設置為法律上所必要外，行政機關原則得以自由處置，而廢止之。

第三項 營造物之管理

就特定之營造物，為使達其目的，所為一切必要行為，謂之營造物之管理。營造物之管理權，屬於行政主體。即國家之營造物，屬於國家管理；自治團體之營造物，屬自治團體管理。然行政主體一切作用，皆由其機關行使。關於營造物之管理作用，自亦由其機關行使之。管理營造物之機關，謂之營造物管理機關。營造物之管理機關，即由構成營造物之人的要素構成之。故營造物雖由人與物之要素所構成，而所謂營造物之管理，單指物之管理及其事務之管理，而不及於人之管理。關於人之管理，屬於行政監督，凡營造物內部之人，即由其中居於最高地位之人，即營造物官署或公署監督；構成營造物官署或公署之人，則由上屬之國家官署或自治公署監督之。

行政主體，就營造物之管理，有種種之權利。此等權利，因屬管理機關行使之故，同時為官公署之權限，固無待贅。

(一) 營造物規則制定權

營造物規則，為營造物管理機關，就其管理所制定之規則。就中以共用營造物規則，為最顯著，凡關於其利用之條件，及利用中應遵守之事項，皆得依此種規則以規定之。此種規則，為行政規程一種，其制定不須法律上特別

根據，有管理權之機關，得當然制定之。

(二) 營造物維持權

關於營造物之維持，可分保持營造物之設置，與保持營造物之作用，兩方面言之。第一，爲使營造物發生其效用計，須將營造物之設備，保持於完全之狀態。如人員之補充，物件之修理，即屬於此。此外，如他人有危害其設備之行爲時，並得直接將其遏制。其次，爲使營造物發揮其效用計，須將營造物之作用，保持於正常之狀態。如依營造物法規或規則，爲營造物利用之許與，或禁止行爲之許可，即屬於此。此外，如利用人或收容於營造物之人，有違反營造物法規或規則時，並得將其懲戒或處罰。

(三) 爲公用限制或公用負擔之權利

爲營造物之管理，對於附近關係人或附近人，得依法律，科以公用限制或公用負擔。如依電信條例及要塞壘壘法，爲營造物之建設維持，得就私人所有權之行使，加以限制；及對私人之所有物，爲一定之行爲，而使之承受其負擔，即其代表之例也。

(四) 使用費徵收權

對於營造物之利用，除全屬慈善性質外，恆徵收一定之費用，是爲營造物之使用費（*Gebühr*）。蓋供諸公衆利用之營造物，一面雖以社會公益爲目的，而同時亦與私人以特別之利益，對其利用之人，自得徵收一定之使用

費也。關於營造物之使用費，尙待稍後再詳述之。

(五) 營造物警察權

營造物警察權，即爲排除因營造物之利用，所生社會危害之警察權。此種警察權，與右述之營造物維持權不同。營造物維持權，雖亦同爲排除危害之作用，而其目的，僅在維持營造物內部之秩序。反之，營造物警察權，非僅所以維持內部秩序，而以維持一般社會之秩序爲目的。營造物警察權，因發生限制一般人民自由之結果，惟法律上有根據時，始得行使之。關於營造物警察之法規，有時即規定於營造物法規中。如對妨害公安之電信，拒絕或停止其傳遞（電信條例第十四條）及對患傳染病或精神病之旅客，拒絕其運載（鐵路客車運輸通則第十三條）即其適例也。

第四項 營造物關係之性質

關於營造物法律關係之性質，從來學說，頗不一致。弗來納等一派，主張營造物之法律關係，其區別應以營造物之目的爲準，凡一營造物之設置，以財產上之收入爲目的者，爲私的營造物，而應受私法之支配；反之，不以財產上之收入爲目的，而以供諸公用或共用爲目的者，爲公的營造物，而應受公法之適用。此種主張，在學者間，頗占勢力（註三四）。然營造物之法律關係，爲公私法混同適用之區域，以目的爲標準而區別，殊失正當。要之，營造物關係之性質，應分別次之三方面，而觀察之。

(一) 營造物組織法

關於營造物組織之法規，爲行政組織法之一部，其性質全爲公法。即所謂私的營造物，其組織法亦爲公法，而非私法。

(二) 營造物機關之構成員與營造物主體之關係

營造物機關構成員與營造物主體間之關係，爲服務關係。服務法爲服務規程一部，故亦全爲公法，而非私法。

(三) 第三人與營造物主體之關係

第三人與營造物主體之關係，有爲私法關係，有爲公法關係，未可一概而論。如鍊鋼廠及專賣局等私的營造物，爲製品之發賣，因與私人立於同等地位，其與一般第三人之關係，爲私法關係，固不待論。然此並非營造物特有之私法關係，乃行政主體，通常所有之私法關係。反之，供諸公衆利用之營造物，其對於利用人之關係，爲營造物特有之關係。其利用關係，究爲公法關係，抑爲私法關係，非可依其目的決定，而應依法之解釋，以決定之。蓋營造物之利用關係，究以之爲公法關係，抑私法關係，全爲立法技術所決定。如我國國有鐵道之利用，爲貨物運輸，旅客運輸等規則所規定，凡依其用法而爲利用之範圍，其諸規定，與私法中之運輸規定，無根本之差異，直可謂爲私法之特別規定，從之其關係，亦有私法之性質。反之，如郵政、電信等營造物之利用，爲郵政、電信等條例所規定，其諸規定中，關於利用關係，定有種種特權與特別之義務，從之其關係，乃爲公法關係，而非私法關係。此外，非共用之營造物，如

要塞監獄等，惟依權力作用，始能達其目的。其與關係人或收容人之關係，全為公法關係，固甚明顯。

第五項 營造物之利用

第一目 利用關係之成立及終止

第一 利用關係之成立

營造物利用關係之設定，有出於營造物主體之強制者，與出於利用人之任意者之別。共用營造物之利用，以任意利用為原則，以強制利用為例外。

(一) 強制利用

行政主體，為使營造物發揮其效用計，有時依法律，科私人以利用之義務。而私人有特定之情事時，即須利用其營造物，否則行政主體，得以處罰或行政上之強制方法，而強制之。如依傳染病預防條例，將患傳染病人，送入傳染病院或隔離病舍；或因施行強迫教育，命學童保護人，將學童送入小學，皆其例也。此時其命令強制，為行政處分，自無待贅。

(二) 任意利用

多數之營造物，其利用與否，任於利用人之自由意思。惟在任意利用場合，亦有絕對的任意利用，與相對的任意利用之別。凡一營造物專業為國家所獨占，私人欲為一定行為，即非利用其營造物不可者，謂之相對的任意利

用或準強制利用。反之，一營造物事業，非為國家所獨占，私人利用與否，在事實上純任於其自由意思者，謂之絕對的任意利用。但不問何者，其營造物之利用，既非為法律所強制，其利用關係，常由當事人之意思行為，而設定之。其行為即因利用人請求利用之意思表示，與營造物機關容許利用之意思表示，彼此一致而成立，有契約之性質。即其利用屬於私法關係者，為私法上之契約；其利用屬於公法關係者，為公法上之契約。為此等契約之意思表示，或於各個場合，以明示的表示為之，或單以默示的表示為之。(1) 凡一利用關係，在形式上須因利用人之聲請，與營造物機關之許可而設定者，須於各個場合，各為明示的表示。如學校之入學，其入學程序，為入學規則所定，須待入學人之聲請，及聲請之許可，其關係始告成立。他如病院之入院，及電話之裝設，亦須同一方式。此時其聲請之許可，與警察上之許可，在形式上似無差異。然警察許可，僅為禁止之解除，而營造物利用之許可，則設定一定之權利義務。故營造物利用關係之設定，與警察許可，全然異其性質，即警察許可，為待聲請之行政處分，即單方行為，而營造物利用關係之設定，為依聲請之要約，與許可之承諾，而成立之契約，即雙方行為。(2) 凡一營造物之利用，以一定條件，對一般公眾開放，而任人皆得依其條件，而為一定之行為者，其利用關係之設定，不須為明示之意思表示，而因一定之事實的行為，即為當然成立。如郵政電報之利用，因函件之投送，及電報用紙之填送，其利用關係即為成立。他如圖書館博物館之入場，汽車電車之乘車，皆有同一性質。然此時其營造物之利用，雖對於一般公眾開放，而其利用關係之設定，亦為一種契約。蓋在營造物方面，以一定條件，容許一般公眾利用，即有一般的意思表示，存在

其間。其意思表示，或可視為契約之要約，或要約之募集；而利用人方面所為一定行為，或可視為要約之承諾，或應於要約募召之要約也。此種契約，或依利用人之一定行為（承諾），當然成立；或因營造物之受領而不拒絕（承諾），當然成立。

第二 利用關係之終止

營造物之利用關係，因何等原因而終止，依利用之內容而不同。（1）凡營造物之利用，僅以特定勞務之供給，或特定物品之給付為內容者，因其內容事項之完成，當然終止。如郵政物件之發送，或旅客貨物之運輸，及衛生物品之試驗等，即因其特定勞務之完成，而當然終止；又如傳染病研究所痘苗血清之發賣，或種畜牧場種畜種卵之發賣，即因其買賣行為了訖而終止。營造物利用關係之終止，以出於此類原因者，為最普通。（2）凡其利用之內容，在設定繼續的法律關係者，則因一定期間之經過，或利用目的之達成，而始終止。此種利用關係，在利用人能否中途自由脫退，因強制利用與任意利用而不同。在強制利用場合，利用人固不能任意脫退，即營造物管理者，除有特定之理由外，亦不能任意使脫退之。在任意利用場合，利用人得隨時脫退；祇其脫退，依法規或營造物規則，有時須得營造物管理者之同意耳。

第二目 利用關係之效果

因利用關係之設定，於利用人及營造物主體，各發生一定地位，而各於其地位上，有種種之權利與義務。由利

用人方面言之，如營造物利用權，及對營造物管理者之特別服從義務，即其最著者也。

第一 利用人之權利

(一) 營造物利用權

營造物利用人，在利用關係存續中，有利用所供勞務或設備之權利，是為營造物利用權。此種權利，因所屬關係不同，有為私權性質，有為公權性質。不問何者，其權利之內容，概於法規範圍內，為營造物管理者所單方決定，非為契約所訂定。如學校之課程，授課時間及在學年限等，為學校規程所定；郵政物件之處理，為郵政條例及其他規則所定，而非當事人之合意所訂定也。以此之故，在利用關係存續中，所供勞務之內容或其利用之條件，得依法規或營造物規則之改正，隨時變更之。此時其改變，不得目為利用契約之違反，自無待贅。

(二) 損害賠償請求權

營造物利用人，因利用營造物，致其權利受損害者，原則得向營造物主體，請求損害賠償，是為損害賠償請求權。關於此項權利，營造物利用法規中，每設有特別規定，或則規定於某種情形，得向營造物機關，請求賠償（鐵路貨物負責運輸通則第三四條，鐵路客車運輸通則第六八條第七一條，郵政條例第二三條。）或則規定於某種情形，不得請求賠償（鐵路客車運輸通則第一八條，郵政條例第二四條。）除此種有特別規定者外，其他一般之營造物，凡因其利用所生之損害，不問其利用關係為公法關係或私法關係，亦以得依民法規定，請求賠償為原則。蓋

所謂公法關係或私法關係，單指依其用法，而為利用之關係而言，因其利用關係所生之違法侵害，凡屬非權力作用之範圍，固不必盡目為公法關係中之事項也。此項損害賠償，可先向營造物機關請求，請求不遂，得更為民事訴訟，亦無待論。

第二 利用人之義務

(一) 特別服從之義務

營造物利用人對於營造物主體，負有特別服從之義務。其義務之內容，有次之二種：(1) 遵守營造物規則之義務。營造物管理機關，於不抵觸法規之範圍內，得制定營造物規則，已如前述。此種規則，有拘束營造物機關構成員及營造物利用人之效力，故利用人有遵從其規則之義務。若違反其義務時，須受一定之裁制。(2) 服從管理權之義務。營造物利用人，除遵從營造物規則外，並須服從管理機關，為特定管理行為之權力。為特定管理行為之權力，可分命令權與懲戒權二種。依命令權，得命利用人，為特定作為及不作為；依懲戒權，得對義務違反人，為一定之處罰。尤其在有教育感化目的之營造物，不特對於違反技術規則之行為，得為懲戒，即對違反倫理規範之行為，亦得加以譴責，或自其利用關係中排除之。

營造物管理者所有之特別權力，或直接根據法律而生，或根據利用人或其保護人之同意而生。如在強制利用場合，強制其利用之法律，同時即為其特別權力之根據。因其強制利用之規定，於目的範圍內，當然有設定此種

特別權力關係之預定也。在任意利用場合，其利用關係，本於契約而成立，利用人對於契約之同意，即其特別權力之根據。至幼年人及精神病人等，其行爲得由保護人即親權人或監護人代理之。除出於法律之強制外，其保護人代爲之同意，即其特別服從之根據也。

(一) 使用費繳納之義務

關於營造物之利用，除全屬慈善性質外，對利用人，通常徵收一定之使用費，已如前述。此項使用費，一般爲法規或營造物規則所預定，而對一切利用人，均等徵收之。在強制利用或準強制利用場合，其費用通常爲法規所規定，或根據法規規定之。在絕對任意利用場合，則爲營造物規則所規定，而依利用人之同意負擔之。繳納使用費之義務人，原則爲利用人或其保護人。但有時亦使其他之人，代繳納之。如利用人或保護人以外之人，與營造物管理者訂定保證契約，於本人不能繳納費用時，其保證人有代納之義務。又發信人以郵票不足之信件，寄送於他人時，其受信人有完納不足郵費之義務。

使用費繳納義務人，不肯繳付其費用時，是否得以強制徵收之手段，而徵收之，應依法規有無規定以爲斷。如法規上明認得採此種手段，固得強制徵收，否則應依他種方法請求之。惟我國一般通例，爲確保其徵收計，恆於利用關係開始前，命義務人先付其使用費。如不先付時，則拒絕其利用。其須強制執行場合，事實上固甚少耳。

第三款 公物

第一項 公物之觀念

第一 廣義之公物

公物亦有廣狹不同之意義，廣義之公物，泛指國家或自治團體，直接或間接為達行政目的，所必要之一切財產而言。如我國國法上所稱之官產或公產（即國有或省市縣政府所管理，及自治團體所有之財產）殆與此之公物相當。此意義之公物，包括財政財產，行政財產，及共用財產三種（註三五）。

（一）財政財產

財政財產，或稱收入財產（Finanzvermogen, Fiskalgut, verbendes Vermogen），係指行政主體所有之金錢物資及其收益，作為政費或其財源者而言。如國公庫所屬之現金及有價證券，即其主部分。此外，如國公有之山林原野，出賃房屋，及未指定用途之物件，亦屬在內。又國公辦工廠所製造，而供諸販賣之物品亦然。此等財產，或直接以其原物或收益，供諸財政上之用；或單以其收益或代價，供諸財政上之用。不問何者，其以金錢價值，充作國家或自治團體之資金，間接以達行政之目的，則屬同一。

（二）行政財產

行政財產（Verwaltungvermogen），或稱公用物，即指行政主體，為達行政目的，直接供諸各機關公用之物件而言，如要塞砲臺，兵營，軍艦，軍器，軍需物品，及其他官公署所使用之物件，即屬於此。又如鐵道車站及學校校舍

用具等，構成營造物之物件，亦屬於此。以此等物件，雖與營造之構成員，合成一體，供諸公眾利用，而其直接目的，在構成營造物，而為營造物之一要素也。要之，公用物以直接供諸國家或自治團體之使用消費為目的，而不以其收益或物資，充作政費或其財源為目的，在此點上，與右述之財政財產不同。

(三) 共用財產

共用財產，或稱共用物 (*Sachen im Gemeingebrauch*)，即指行政主體，為達行政目的，直接供諸一般公眾使用之物件而言。如道路，橋樑，公園，河川，海濱，及港灣等，即屬於此。又河川及港灣之附屬物，亦屬於此。此等物件，有直接供諸公眾使用之使命，與右述之公用物，亦屬有別。

第二 狹義之公物

狹義之公物 (*res publicae, öffentliche Sachen*)，單指右述之公用物及共用物二種，所謂財政財產，不在其內。此意義之公物，殆與法國學者所稱之公產 (*domaine public*) 相當，即指行政主體，直接供諸行政目的之用之有體物而言。但此公物之觀念，依其目的而決定，不以其所有之主體而決定。一般公物，其所有權雖屬於行政主體，而行政主體，向他人租用之物，或依其他權原而得使用之物，例外亦得直接供諸行政目的之用，而有公物之性質。

公物有廣狹不同之二意義，大略既如上述。廣義公物之觀念，於行政法學中，殊無多大之效用。蓋廣義公物中

之財政財產，與狹義之公物，異其法律上性質。財政財產，為國家或其他公法人所有之私產（*domaine privé*）。原則得依私法而為管理處分，並得為時效取得之標的，及為民事訴訟並強制執行之客體。此種財產，原則上既與私人之所有物，同其處理，於此殊無特別說明必要。反之，狹義之公物，為行政目的所拘束（*Zweckgebundenheit*），其管理、使用、處分及移轉，亦原則為公法所支配，而不能與私產，同其處理。此種公物，在公法中既有其特別性質，於此自宜特加研究。故本款所述，專以狹義之公物為限（註三六）。

第二項 公物之性質

第一 公物之主體與公物所有權之主體

公物之主體，即謂將公物供諸行政目的之用之主體。公物為行政主體供諸行政目的之用之物。故公物主體，實不外為行政主體。公物主體，得將公物設立廢止，並為其維持管理。其所有此種權利，即為公物管理權。

公物所有權之主體，即謂公物之所有權人。夫公物既為供諸行政目的之用之物，自必得為所有權之客體，而為某主體之所有。如河川法第三條，雖謂「凡河川、河床、及流水等，均不得據為私權」，亦不過謂不得為私人所有而已，非謂國家亦不所有之也。

公物之所有權，一般即屬於公物主體，即行政主體。行政主體，通常依買賣或公用徵收等方法，先由他人取得其所有權，然後指定以為公物。然公物不必盡為行政主體所有，即他人之所有物，亦得依租賃或公用使用等，私法

上或公法上權原，先取得其使用權，然後指定以爲公物。如租賃私人房屋，而爲學校校舍或圖書館；或在私人所有土地上設定公用地役，而爲道路，即屬其例（註三七）。此外，又得依法律或本於法律之行政處分，將私人所有之動產或不動產，直接指定以爲公物。如將要塞堡壘周圍之一定區域，定爲要塞堡壘地帶；或將私人所有森林，編入爲保安林，即屬其例。（要塞堡壘法第一條至第三條，森林法第十二條。）諸如此類，以他人之所有物，指定以爲公物，而其所有權仍屬於他人者，謂之他有公物。行政主體對於他有公物，僅有管理權或他物權，而無所有權。

第二 公物權之性質

（一）公物所有權

公物之所有權，屬於行政主體之場合，關於其所有權之性質，學者解說不一。或以公物之所有權，同爲私法上之權利，祇因行政主體，將其物件供諸公用或共用之結果，須受公法上種種之限制，不能完全適用私法而已。然即在公用或共用之間，其私權固未消滅。如其公物一旦廢止，行政主體，且得完全行使其私所有權。此說除阿督梅也等外，爲德國多數學者所主張。依此主張，所謂所有權，僅有私法上之所有權，而無所謂公所有權。但法國學者及阿督梅也等（註三八），完全與此相反，主張以公物爲與私物，全然不同之物，私物完全受私法之支配，其所有權，爲私法上之所有權；反之，公物完全受公法之支配，其所有權，爲公法上之所有權。故依此種主張，不特以公物之所有權，爲公所有權（*oeffentliches Eigentum*），且以公物供諸公用或共用之後，完全須受公法支配，私法不能適用。

以上二種見解，究以孰者爲最正當，非可一概而論，要依各該國國法之解釋，以決定之。如某國之法律，就一切公物或其大部分，認有公所有權，而排除私法之適用者，關於該國公物之性質，固以依法國學者之學說，爲較妥當。但如我國之現行法，就公物之大部，認有私法上之所有權，於不妨害其目的之範圍內，得依私法而爲處置。若以法國學說，移作我國法規之解釋，未免削足就履。然他面，依德國學者見解，以公物所有權，全爲私法上之權利，亦覺有所未合。蓋所謂所有權，不過爲對物得爲完全支配之權利。依私法規定，而得使用，收益及處分一物，得稱爲私所有權；依公法規定，而得支配一物，亦奚不得稱爲公所有權？行政主體，將公物供諸行政目的之用，或爲其維持管理，及有時對使用人，徵收特別之使用費，即莫非依公法而爲對物支配。於此場合，其支配權，固亦得稱爲公所有權也。

惟在我國國法之下，私所有權與公所有權，並非完全分別存在，而不過爲同一物權之兩方面。蓋公私法原非有明白之界限。在管理公物之場合，與管理營造物同，其法律關係，爲公私法混用之區域，於某範圍，受公法之支配，於某範圍，受私法之適用。故其權利，一面屬於公法，一面屬於私法。

公物受公法適用之範圍，因其種類而不同。有受公法支配之範圍較廣者，如河川，港灣，道路及橋樑等共用物是，有受公法支配之範圍較狹者，如官廳，學校及其他各種營造物中之公用物是。關於各種公物，適用公法或私法之範圍，我國法律，無一般規定，要須就法規解釋，及其物之性質，以決定之。

(二) 他有公物權

公物之所有權，屬於私人之場合，私人對於其物之關係，全為私法性質，其所有權，與一般之所有權同，為私法上之權利，固無待論。然自行政主體方面視察，行政主體，在其所有物上，依私法上或公法上權原，取得使用權或地役權，而得將其物件，供諸行政目的之用。此時其所有之管理權或他物權，為公法上之權利，可謂與公所有權同。

第三 公物權之效果

公物供諸公用或共用之後，一般適用公法，而不適用私法，然公物在法理上，僅其目的上必要之範圍內，排除私法之適用。故公物權，除法律有規定外，僅於目的上所必要之限度，發生與私物權不同之效果。關於公物權之效果，得以次述之原則表之。

(一)關於公物之事實上支配，苟與其目的相反，不得為之。

茲就所有權之各種作用言之：(1)關於物之事實上處分，絕對不得為之。因此種處分，有害公物本身之存在也。(2)關於公物，為固有用法以外之使用，原則不得為之。如將圖書館之建物，完全為自己目的，充作他用途之用，而使公眾不能使用，除非將其公物廢止，不得任意為之。(3)關於物之收益，一般可得為之。如採取道路之草木，或公園果樹之果實及河川之砂土，其行為大抵皆不致與公物之目的相違反也。

(二)關於公物之法律上交易，苟與其目的相反，不得為之。

就公物為法律上之交易，則有妨害公用或共用之目的。故通常謂公物為不融通物，不得為法律行為之標的。

但公物是否有不融通性，尙應區別其種類，而論定之。(1)凡國公有之公物，一般不得讓與他人，或在其物上設定地上權或抵押權等限制物權。尤其河川港灣等物，受公法之限制較嚴，不論何種私權，皆不得設定之。至於其他各種公物，在未經公用廢止以前，要亦受同樣之限制(註三九)。(2)他有公物，其私權雖非不能行使，而於有害目的之程度，不得行使之。如行政主體租借私人土地，已建設為菜市場，其土地所有權，雖得自由轉讓，或設定抵押權，但轉得人，仍須將其土地，繼續供諸公用，不能充作私用。

(三)關於公物，民法中時效取得之規定，原則不適用之。

公物若為官公吏或他人所長期侵占，而變為私人所有，則與其目的，顯然不能相容。故國公有之公物，不能依民法中關於取得時效之規定，而為私人所取得。但私人之所有物反是，若為國家或自治團體，誤認為國公有，而編為公物，以五年或十年間，平和繼續供諸公用或共用者，得依取得時效，而取得其所有權。

(四)關於公物，原則不得為民事上之強制執行。

對於公物，若為標封扣押，付諸拍賣，必生所有權移轉之結果，而與其目的相違反。故國公有之公物，不得為民事上強制執行之標的。至於私人所有公物，因許其得為移轉或設定抵押權，自亦得為強制執行。但其物之轉得人，亦不得改變其原有之用途。

(五)關於公物，原則上不得為公用徵收。

公物爲供諸行政目的之用之物，因行政上有更重要之理由時，當得將其改作他種用途之用。但公物徵收，勢必妨害其原有之目的，故其收用，非經公用廢止，不得爲之。

第三項 公物之成立及消滅

第一 公物之成立

公物於分類上，有所謂自然的公物與人工的公物之別，即其供諸行政目的之用之狀態，爲自然所生成者，爲自然的公物。其供諸行政上之用之狀態，爲人工所造成者，爲人工的公物。如河川港灣等，即前者是；道路橋樑等，即後者是。但在今日社會，即自然的公物，亦已加上若干人工。如河川之塘堤，及港灣之防波堤等，即莫非爲人工的附加物。故所謂自然的公物與人工的公物，實際已無根本之差別。從而關於公物之成立，大體亦可合併論述。一般而言，公物之成立，須具次之三種要件：

(一) 行政主體將一物設爲公物，須有法律上之權原。

行政主體欲將某物，供諸行政目的之用，第一須有法律上之權原。如爲國公有公物，須就其物有所有權，或取得其所有權；如爲他有公物，須依法律或法律行爲，取得其管理權或他物權。若將完全不具有權原之物件，供諸行政目的之用，其設定行爲，則屬完全無效。而此種物件，縱已設爲公物，除因取得時效，而爲行政主體取得所有權外，其原所有人，仍得依所有權，而請求返還之。

(二)須其物件處於可供行政目的之州之狀態。

行政主體，欲將某物供諸公用或共用，須其物之外形，在事實上可以供諸公用或共用。關於此，不問自然的或人工的公物，莫不相同。如河川水流，既已確定變更，其原有河床，已不適於共用，則已非為公物。如道路路線，雖已指定，而其路面，猶未鋪設完成，則因未可供諸公共交通之用，而未成為公物。

(三)須為供諸公用或共用之意思表示。

已可供諸公用或共用之物，除自然的公物外，尚須行政主體，為供諸公用或共用之意思表示，始得完全成為公物。此供諸公用或共用之意思表示，謂之供用處分或公用開始 (Widmung, Indienststellung; affectation, classement)。公用開始，與營造物之使用開始同，其意思表示，無論以明示或默示，皆可為之。如於工事完成之後，舉行一種典禮，以後將其公物，供諸公眾使用；或公示自一定之日期起，開始供諸共用，即其明示的表示。若不為明白表示，直接供諸公用，或為特定目的之行爲，即其默示的表示也。至自然的公物，其供於共用，恆出於多年之慣行，而非本於行政處分。但其放任公眾使用，仍基於公權力之意思，國家如欲加以限制，固得隨時而限制之。

第二 公物之消滅

公物消滅之原因有二：一廢止處分，二形態喪失。

(一)廢止處分

公物通常因行政主體，爲其廢止之意思表示而消滅，是爲供用廢止或公用廢止（*Entwidmung. Ausserdienststellung; desaffectation déclassement*）。公用廢止，亦得以明示或默示爲之，如道路管理官署，預爲道路廢止之公示，卽其明示的廢止。又如道路毀壞，久棄不修，卽其默示的廢止也。

（二）形態喪失

公物有時因外形變動，而確定的喪失其可供用之狀態。是謂形態消失。形態喪失，如建築之燒毀，器具之損壞，河流之淤塞，堤岸之崩潰等，無論於人工物或自然物，皆時有之。惟河川，河床，水流等自然物，現行法上不得作爲私有，絕對不得將其廢止，而變爲私物；其公物之消滅，祇有形態喪失之一途耳。

但公物因外形變動，僅暫時喪失其可供用之狀態，而非確定喪失者，僅爲公物停止，而非公物消滅。公物在停止中，仍不失爲公物，如道路崩壞，在修築中或未修築前，其爲公物之性質，固猶未變更也。

第四項 公物之管理

就特定公物，爲使達其目的，所爲一切必要行爲，謂之公物之管理。公物管理之作用，爲行政作用，其管理權，屬於行政主體，自無待論。惟公物管理之觀念，有廣狹不同之二意義，狹義之管理，單指對於公物，爲現狀之維持改善，以保持其固有之用途。而廣義之管理，則除現狀之維持改善外，關於公物之新設，使用之開始，爲特定人設定權利，向私人徵收使用費，以及爲公用之停止廢止等，皆包括之。廣義管理之作用，在國有公物，必屬於國家機關，而狹義

管理之作用，除屬於國家機關外，並得委之於自治團體或他人（參照河川法第六條。）

國有公物，由國家機關管理時，國家機關中，應由何等機關管理；現行法中，猶無一般規定，須就各特定法之解釋，以決定之。惟從原則而言，凡屬國家機關公用之物，應由中央或地方各機關，自行管理，或由其所屬之特別機關管理之。尤其適用物品會計之物件，如器具、機器、日用品及消耗品等，除軍需品及兵備品外，應由各機關之物品出納官吏，負責管理（參照審計法第八條及第十四條，財產目錄及物品計算書或說明書，並參考舊會計法。）凡屬國有共用之物，一般屬中央主管部會管理，尤其屬於內政部主管。但關於國有共用物之法律中，每設有特別規定。如河川法第四條規定：「凡地方境內之河川，或流經境內之一段，原則上由地方政府，負保管之責。祇內政部，認為有必要時，得設河川委員會，直接管理之。」又國道條例第九條規定：「各省區國道之管理保護，及公用客貨車之營業，得由各省區建設廳或主管機關，設專局辦理之。」諸如此例，不暇枚舉。

關於公物之行政，除右述之管理外，尚有公物警察一種。此兩作用，同與公物有關，且有時由同一機關行使，在外形上，頗屬相似。但公物警察，為維持社會秩序，就中為防遏關於公物之自然的人為的危害，而限制人民自由之作用，為國家警察一種。其所根據之權力，既屬不同，而行使其權力之機關，通常亦屬有別。公物管理權，以公物權為依據，凡公物主體，無論國家或自治團體，莫不當有之。而公物警察權，以國家統治權為依據，為國家所獨有，自治團體，不得有之。掌管警察權之機關，為警察官署；管理公物之機關，為公物管理官署或公署。依此等原則而論，兩者

顯然不同。祇實際上，此兩種作用，有時屬於同一機關行使，如地方政府對於境內河川，負有保管之責，而限制有害河川之沿岸土地私有工程物，或其他私人行為之警察作用，亦即由其擔任之（河川法第九條第二一條）。此時其同一機關，所為各種作用中，孰者為管理作用，孰者為警察作用，應依性質而區別之。要之，凡屬公物權當然得為之作用，為管理作用，此外，為保護或取締公物，非管理權當然得為之作用，則為警察作用。

第五項 公物之使用

第一目 概說

共用物與公用物不同，非專供行政機關之自用，而供諸一般行政客體之共用。其共用物為自然物者，即依其性質，而當然容許一般公眾使用，不須另為特定行為；其為人工者，則依行政機關之設立，及供用開始，而供諸一般人民使用。要之，不問何者，一般人民，均得依普通方法，於普通範圍內，而為使用；既不須先得官公署之許可，亦不必繳納一定之使用費。然除此種普通使用外，尚有特別使用一種，由特定人為特定目的，為與普通用法不同之使用，而其使用之時，須經主管官署之認許。關於此兩種之使用，擬俟次二目中述之。

至於公用公物，因非供諸人民使用，與人民間，殆不發生使用關係。但例外亦依民法上之契約，為特定人設定使用權（獨占使用）。如將車站一部，租與私人，為雜貨店或飯店等之營業；將火車中之膳車，租與營業人，使之供給飲食於乘客，又如博覽會場內，許與私人，開設商店；或將電柱租與私人，裝貼廣告等等，皆屬其例。祇此等使

用，皆屬私法關係，於此殊無詳述必要。

第二目 普通使用

普通使用，即依普通方法，並於普通範圍，而為公物使用之謂。其使用方法，或為行政主體所定，或依社會習慣定之。如管理官署或警察官署，為保護公物或防遏危害計，就公物之用法，得設具體規定。若有此種特別規定時，自須依其規定，否則應依社會習慣，而決定之。惟依習慣容許人民自由使用之場合，即就同種類之公物，其用法亦無一定。例如河川海濱，雖以供諸舟筏之航行停泊，為主要目的，而於航行停泊之外，為灌溉，洗淘，游泳，釣魚，以及曬網，焚火，運動，遊戲等，苟無特別限制，亦得為之。又如道路廣場，雖以供諸來往交通，為主要目的，而於路邊開窗設戶，或引路線於家門，乃至在交通非甚繁盛處所，為車輛之停留，貨物之裝卸，及為納涼遊戲等，通常亦得為之。總之，習慣上之作用，須就具體情形，依社會普通見解，以決定之。至於使用範圍，在普通使用，要以不妨害他人之使用，及不傷害公物之實質為界限。如長久占用公物，使他人不能使用，或一時過度使用，致毀損其公物，除受特別之許可外，通常不得為之。

供諸一般人民使用之公物，凡特定人事實上為普通使用之行爲時，其普通使用關係，即以成立，此外並不須為法律上之行爲，亦不必經行政官署之許可。蓋行政主體，既依法規或行政處分，將一公物，供諸人民使用，苟無特別反對理由，人民自得依法規或供用處分，而直接使用之也。共用物之普通使用，以各人均等為原則，凡在不妨害

他人使用之範圍內，各人皆得同等使用，行政主體，且須保護各人，使得同等而使用之。

關於公物普通使用之性質，學者見解不一，或以爲權利，或僅以爲反射利益。現今多數主張，採取後說（註四〇），余意亦然。蓋行政主體，設置公物，乃爲一般利益而設，各人之得享受利益，特其制度之反射作用耳。

第三目 特別使用

特別使用，乃特定人依特別方法，並越普通範圍，而爲公物使用之謂。此種使用，須得該管官公署之認許，私人不得任意爲之。然所謂特別使用，尙有二種之別。

（一）臨時的特別使用

特定私人，爲特別目的，臨時爲共用物特別使用之場合，卽於道路區域中官公署所指定之處所，暫時爲車馬之停留，或於河湖堤岸官署所設定之船埠，暫時爲舟筏之停泊等屬之。臨時特別使用，雖須官公署之特別認許，而現實爲其使用時，不必每次請求官公署之許可。從而其使用，亦可與普通使用同視，不必認爲特別之權利。

此外，與臨時特別使用相似，而實不同者，尙有警察上許可使用一種。警察上爲防遏危害計，對於公物之使用，每設有特別取締規定。或對有害公物或有害公衆使用之使用，絕對加以禁止；或對有害公衆使用之虞之使用，保留許可而禁止之。後之場合，若得警察上之許可，仍得適法而爲使用。如爲舉行祭典，在道房臨時搭設蓬帳；或爲建築或修築房屋，占用街道一部等，如一般爲警察上所禁者，非經警察官署許可，不得爲之。但屬警察上許可使用之

場合，其危害程度，必屬輕微，在私人原得自由使用，特為防止危害起見，設以制限，令受特別許可，俾警察上得以審查監視而已。故此時其使用許可，不過回復私人固有之自由，而非賦與新之權能，從而其許可與否，非屬官署自由裁量，與一般之警察許可無異。

(二)繼續的特別使用（獨占使用）

繼續的特別使用，而稱獨占使用，即就共用物之一部，為特定人設定權利，使之繼續獨占而為使用之謂。獨占使用，因在共用物上，為特定人設定使用權，且其用法與範圍，亦與他種情形不同。故其使用關係，須依法律上之特別行為設定之。其行為或為私法上之契約，或為行政處分，茲宜分別述之。

(甲)私法上之獨占使用

將共用物一部，依私法上契約，供與特定私人，獨占使用，其例較少。因在共用物上，為私人設定私權，使官公署不得單獨撤消，與公物之目的，常相違背故也。但於不妨共用目的之範圍內，仍得例外設定之。如將公園一部，租與私人，開設店鋪；或將海濱一部，租與私人，設脫衣場，即屬其例。此種獨占使用關係，與前述公用物之獨占使用同，全受私法支配，茲不詳贅。

(乙)公法上之獨占使用

就共用物一部，依行政處分，許與特定私人，有別特使用權，如對民營電氣公司，許其佔用河床，使用水流，及在

路上栽植電柱，架設電線；或對煤氣或地下鐵道公司，許其埋藏氣管，築設隧道等例屬之。如斯在特定共用物上，爲特定人設定公法上之特別使用權，另稱公物使用權之特許（*Verleihung der Sondernutzungsrechte, cession d'occupation temporaire*）（河川法第十二條稱爲許可。）

公物使用權之特許，係設定新之使用權，非屬普通使用，其特許惟公物所有權人或管理權人，始得爲之。從之其權限屬於公物管理機關，而不屬於警察官署。因警察官署，僅有維持秩序之權限，而無代表公物所有人之權限也。管理機關，對於特定人爲特許使用之聲請，其許可與否，原則屬於自由裁量。即除法律就其特許之條件，有特別規定，在聲請人有請求之權利外，其許可與否，管理機關，得以任意決定之。此時其聲請之拒絕，固不得視爲權利之侵害。

公物使用權之特許，通常以特許處分書之交付爲之。其處分書，除指定使用權之內容外，並得加以期限，條件或負擔等附款。從之受特許人，因特許之結果，除享有特定之物權外，並負擔特定之義務。

（1）受特許人之權利

受特許人因公物使用權之設定，有占有其公物而爲使用之權利。其權利之內容，除法律有規定外，即依特許處分書之指示，而決定之。此種權利，係存於公法關係中，其爲公權，固無待論。但因其有財產上之價值故，除法律有特別限制外，得將其移讓，或由繼承人繼承之。又受特許人，依其權利，得在公物上，設定一定之工作物；其工作物，除

與公物附合，成爲一體者外，其所有權，仍屬於受特許人，從之亦得獨立處分。

(2) 受特許人之義務

受特許人之義務，除法律有規定外，亦即依特許處分書，以特別負擔而指定之。如命受特許人，爲公物維持改良之義務，或命納一定之使用費等，卽屬其例。此外，受特許人所經營之事業，如享受獨占之利益時，又得命納一定之報償費。然關於受特許人之義務，除以處分書指定外，並得以公法上之契約，另訂定之。如所謂報償契約 (Concessionvertrag)，卽其一例也。

公物使用權之特許，因次列之原因而消滅：(1) 期限之屆滿，(2) 解除條件之成就，(3) 特許權之拋棄，(4) 特許之撤消，(5) 公物之供用廢止。

(註一) 中央集權與地方分權之二觀念，內容本無一定。有時用以表示一種思想或社會運動，此處則指國家權力分配而言。凡統治權爲國家所統一，不認國內有統治團體存在，或卽認有存在，而其權力甚小者，皆爲中央集權。反之，認國內有統治團體存在，且其權力頗大或極大者，皆爲地方分權。於此意義，此二觀念，正與法國學者所稱之 *centralisation et décentralisation politique* (gouvernementale) 相當，或可名爲政治上或統治上之中央集權或地方分權。

此外，就中央與地方行政官署權限之分配，亦有中央集權與地方分權之區別。凡中央官署對於地方官署之官吏，就其行動，得有嚴格之統制權，卽指揮命令權者，爲中央集權，非然者，爲地方分權。於此意義，其二觀念，適與法國學者所稱之 *centralisation et décentralisation administrative* 相當，或可名爲行政上之中央集權及地方分權 (un nouveau débat sur la république, et la décentralisation. Edité par C. Bellet) 統治上之中央集權及地方分權，與行政上之中央集權及地方分權，其所指之內容各有不同。

已如上述。前者，受統治權分配之團體，得爲統治主體，而有獨立人格。後者，其地方行政官署，縱不受乎中央官署統制，得行使其權限，亦僅爲國家行政機關，而不有行政權主體之地位。

(註二) 耶里內克嘗就地方分權，別爲自治行政的分權 (Dezentralisation durch Selbsterwaltung) 與行政的分權 (administrative Dezentralisation) 二種。以授行政權於自治團體，使之自治者，爲自治行政的分權，分配行政權於地方行政官署，使之主管者，爲行政的分權 (Jellinek, Allgemein Staatslehr, 3A. S. 627ff.)。其區別方式，頗與上述統治上之地方分權與行政上之地方分權類似。然統治上之地方分權，殊不以行於自治團體之場合爲限，他如行於聯邦國各邦之分權，亦不失爲地方分權一種。故其區分似嫌過狹，未能將各種場合，包含在內。關於此，凱爾生等，亦既道破之矣 (Kelsen, Staatslehre S. 163ff.)

(註三) Kelsen, Hauptprobleme, S. 106ff.

(註四) 修正國民政府組織法第十九條規定：「行政院爲國民政府最高行政機關。」其所謂行政機關，另有意義。

(註五) 凱爾生等所稱之機關擔當者 (Organträger) 佐佐木惣一所稱之機關體，要同爲機關之構成員。

(註六) 舊制有以國務員所構成之國務會議，有行政官署之地位，然現時之行政院，則與內閣制下之內閣不同，祇行政院會議所議決之事項，尙留舊制之形迹耳。

(註七) 與權限名詞似有關聯，而不可苟爲混同者，厥爲職務 (Amtsgeschäft, Fonction, Function) 之觀念。或謂官署權限，自其爲權利之方面觀之，卽爲職權，自其爲義務之方面觀之，則爲職務。然權限非官署所有之權利，已如前述，其以官署職權同時爲職務之一點，實因混同官署之構成員與官署本體所致。蓋職務爲負有官職者所有之義務，係指機關構成員之義務而言。而權限則爲官署得行使國家事務之能力，乃就機關本身之權能而言，前者存於機關構成員與國家間之關係中，後者則存於國家機關與人民之關係中。故機關構成員，單純違反職務之場合，其個人雖應受懲戒之處分，而其行爲對人民非爲違法，人民不得提起行政訴訟。惟違反職務而同時違反權限之場合，人民始得提起之耳。

(註八)我國現行行政組織，除行政院省政府及市縣政府之系統外，更有部會廳及局之系統，於組織上本不合理，因之於權限分配上亦欠明白。
(參照雷震擬現行組織改革芻議)但此係行政學中問題，此處姑不詳述。

(註九)官署為國家意思機關，以有法律上之決定權，為其觀念之要素，已如前述。惟其法律上決定權或國家意思之決定權，必須兼及國家之命令權與否，學界曾有議論。德國學者諾爾 (Noth) 氏，曾積極以之為官署觀念之要素，力持其說，始終不移。而拉龐德，初時雖為同樣主張，其後乃放棄之。至近今學者通說，則以官署觀念，決不以命令權為要素，即僅為私法上之行為者，亦不失為官署。故僅為行政上審查裁決之行為者，亦可為一行政官署。

(註一〇)官吏名稱，在近時頒布之法令中，漸有以公務員代之之傾向。但我國現行法中，所謂公務員之觀念，約有三種意義：(1)泛指依選任行為，從事於公務之一切職員。凡實質上之官吏、公吏、國民代表及其他依法令執行公務之委員、參議員等，皆包括之。如考試院所施行考試銓敘之公務員，即屬於此。(2)指實質上之官吏，即除委任職以上之官吏外，他如待遇官及等外官，亦包括之。如新刑法第三六條第二款及公務員卹金條例所稱之公務員，殆即與此相當。(3)單指形式上之官吏，即狹義之官吏。如公務員任用法及公務員懲戒法所稱之公務員（按公務員懲戒法及公務員懲戒委員會組織法所稱薦任以上或以下公務員，係指薦任以上之簡任、特任、選任，或薦任以下之委任各職而言。參照司法院指令第二〇五號）即指此義。

(註一一)依暫行文官官等官俸表，關於官等之規定：(1)國民政府——文官長、主計長、特任、局長、秘書、主計官、參事、統計長、會計長、簡任、秘書、科長、技師、統計主任、會計主任、科員、薦任、會計員、統計員、技士，一等以下科員、辦事員委任。(2)五院及各部會——部長、委員長、特任、次長、副委員長、秘書長、署長、技監、審計司長、廳長、秘書、參事、技正、督學、編審、編修、簡任、秘書、科長、協審、技正、編審、督學、視察、技士、科員、薦任、一等以下科員、技士，一等以下技佐，一等以下書記官，一等以下辦事員委任。(3)省政府及各廳——省主席及廳長、委員、秘書長、簡任、秘書、科長、薦任、一等以下科員，一等以下辦事員委任。(4)行政院及省政府所屬市政府——市長、秘書長、局長、參事、簡任、市長、秘書長、局長、參事、秘書、科長、薦任、科長、局長、秘書，一等以下科員，一等以下辦事員委任。(5)縣政府及各局——一等縣長、簡任、一等縣長，二等縣長，三等縣長、簡任、科長、局長、秘書，一等以下科員，一等以下辦事員委任。

任；秘書、科長、局長、縣督學、科員、辦事員委任。

(註一三) Goerner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationaloeconomie betrachtet, 1808.

(註一四) Laband: Staatsrecht Bd. I, S. 440ff.; Basse: Grundfragen des Beamtenrechts, 1931, S. 15. 採取公法上契約說者，此外，尚有柴德爾、劉甯、披羅登 (Piloty)、野村淳治、副島義一等。

(註一五) 贊同阿督梅也之單方行為說者，有普羅衣士 (Preuss: Staendisches Amtsrecht, Bd. I, 1902, S. 96) 哈提克、基瑞 (Giese: Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 40.) 及清水澄等。

(註一六) 贊同弗來納之單方行為說者，有開脫根 (Koettgen: Beamtenrecht, 1929, S. 48f.) 亨烈脫 (Herritt: Grundlehren 1921, S. 244f.) 寬克彥、佐佐木惣一及渡邊宗太郎等。

(註一七) W. Jellinek: Verwaltungsrecht, 1931, S. 249f. 淺井清、日本行政法總論，一九七——一九九面。

(註一八) 現行考試法規，有修正高等考試普通行政人員考試條例、修正高等考試財務行政人員考試條例、修正高等考試教育行政人員考試條例、修正高等考試建設人員考試條例、修正高等考試會計人員考試條例、修正高等考試統計人員考試條例、修正高等考試外交官領事官考試條例、修正高等考試司法官考試條例、修正普通考試行政人員考試條例、修正普通考試教育行政人員考試條例、修正普通考試建設人員考試條例、修正普通考試衛生行政人員考試條例、修正普通考試警察行政人員考試條例、修正普通考試法院書記官考試條例、修正承審員考試暫行條例、修正普通考試監獄官考試條例、普通考試審計人員考試條例等各種。

(註一九) 特種官吏任用法規，迄最近所施行者，有修正縣長任用法、內政部登記法定合格縣長辦法、警務處長任用條例、警察官吏任用暫行條例、修正外交部外交官領事官任用暫行章程、鹽場場長任用暫行章程、海陸空軍官吏任用暫行條例、軍需人員任用暫行標準、交通人員

任用薪給規程，司法官任用暫行標準，法院組織法，監獄官任用暫行標準，行立法院組織法等各種。

(註二〇)參照公務員任用法施行條例第二十條救濟辦法即行政院訓令第三五二八號，高等考試及格人員分發規程，普通考試及格人員分發規程，考試及格人員應依法任用令即二十一年七月國民政府訓令第一四二號，填送公務員任用審查表要點，更正公務員資格審查表暨證明書，擬任人員關於著作繳送辦法即二十二年十二月司法行政部訓令第三九八七號。

(註二一)公務員登記條例施行期間，為自二十三年四月二二日起之十二個月。參照同條例第十四條，施行展緩六個月令，並公務員登記條例施行細則。

(註二二)但俸給權與卹金權不同(參照公務員卹金條例一九條)依民事執行，得為扣押。就其扣押，得以民訴爭之。

(註二三)依暫行文官官等官俸表關於官俸之規定，國民政府，五院及各部會，省政府及各廳，行政院及各省市縣政府及各局各職官俸如下：(1)特任八百元。(2)簡任一級六百八十元，二級六百四十元，三級六百元，四級五百六十元，五級五百二十元，六級四百九十元，七級四百六十元，八級四百三十元。(3)荐任一級四百元，二級三百八十元，三級三百六十元，四級三百四十元，五級三百二十元，六級三百元，七級二百八十元，八級二百六十元，九級二百四十元，十級二百二十元，十一級二百元，十二級一百八十元。(4)委任一級二百元，二級一百八十元，三級一百六十元，四級一百四十元，五級一百三十元，六級一百二十元，七級一百十元，八級一百元，九級九十元，十級八十五元，十一級八十元，十二級七十五元，十三級七十元，十四級六十五元，十五級六十元，十六級五十五元。

各機關如有本表所舉以外合法組織之公務員，應由各該機關主管長官，比較本表同等人員，詳擬應敘等級及應支俸給，報由銓敘部核定行之。凡財政支絀及生活程度較低地方，得由各該省市縣政府，就各該地方財政狀況，依本表等級，酌擬俸額，或減成支給，並報銓敘部核定備案(參照同表說明，新表施行後各級機關舊有人員級俸辦法，暫行文官官等官俸表補充辦法)。

(註二四)德國之官吏法，成立於一八七三年，沿用迄於最近，大旨尚無改異。但自一九三三年三月那切黨(Nazi)專政以後，業將該法根本修改，而另以 Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums 更替之矣。

(註二五)參照兼職條例，政務官不得兼職事務官不得兼差令，確定官吏兼職之限制令，中央政務官不得兼任地方行政令，法院組織法第三九條。

(註二六) Ioeuing: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 122,

(註二七)現代法學全集，第七卷，二七一—二七二面。

(註二八)美濃部達吉著，日本行政法，總論，明治四十二年版，四九六—四九七面。

(註二九)通說以下列三點，為職務命令之形式的要件，(1)發自有正當監督權之長官，(2)其內容須屬於官吏職務範圍內之事項，(3)如應以一定之形式發布者，須具備其形式。

(註三〇)各省管獄員，應歸中央公務員懲戒委員會懲戒，參照二十一年司法行政部第二七三三號訓令。

(註三一) Manuzka: Rechtsgrund des Schadensersatzes, S. 218f.

(註三二)以行政上人物合之設備，稱之為營造物，其稱謂似稍偏重於物之要素，但一時猶無適當用語，姑襲成例而採用之。參照白鷗飛編行政法總論，二九面，二二—二四面以下。同氏著，行政法大綱，上卷，三五—三六面，一〇—一一面，一八—二二面以下，及同下卷。

(註三三)營造物有廣狹不同之二意義，已為德日學界之通說。參照 O. Mayer, D. V.R., II, § 51; Hatschek, V.R., S. 469ff; Herrnit, V.R., S. 229 u. 234. Kormann, Art., Öffentliche Anstalt 'im WStV.R. III, S. 1ff. 野村淳治著，行政法總論，五八—五九面。佐佐木惣一著，日本行政法總論，二五六—二五七面以下。

(註三四) Fleiner. Institutionen, S. 301ff; Herrnit, a. a. O. S. 235; Hatschek, a. a. O. S. 504. 一九一七年五月日本大審院關於東京市市營電車之判決。

(註三五) Laband, Staatsrecht, IV, S. 346, 355; Fleiner, a. a. O. S. 327; Jéze, Verwaltungsrecht der franz. Republik, S. 237.

(註三六)美濃部達吉著，日本行政法，各論上卷，三三八面以下；野村淳治著，行政法總論，四七一面以下。Gierke, D. Privatrecht, II, S. 22 ff.; Hauriou, Précis d. d. a. Ile éd. p. 636 et a.

(註三七)德日學者，多承認私人所有之土地上，得設定道路地役權。參照 O Mayer. a. a. O. S. II 8 40. 野村行總，五三〇面以下。

(註三八)參照 Jèze a. a. O. S. 255ff.; Hauriou. ibid. p. 638; Laferrière, Juridiction et Contentieux, I, p. 544; Berthélemy, Traité d. d. a. p. 406; O. Mayer. Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 227.

(註三九)法國行政法上原則，謂公物不得移讓 (inaliénable) 不因時效爲他人所取得 (imprescriptible) 及不得爲公權力所侵害 (insaisissable)。又日本國財產法第四條規定：國有財產中公用或共用財產，不得讓與他人，或於其上設定私權。此等原則，於國公有公物，殆皆可適用之。

(註四〇)如阿督梅也，耶里內克，侄茲，美濃部及佐佐木等，皆主反射利益說。

第四章 行政作用

第一節 概說

行政作用(Verwaltungsgthaetigkeit, action administrative, administrative action)泛指國家依行政權所爲之一切行動而言，與最廣義之行政行爲，或卽所謂行政之意義相當。然行政有實質的意義與形式的意義之別，法學上所稱行政，通常專就形式的意義而言，因之行政法學中所謂行政作用，亦僅指其形式的意義，即指行政機關之作用或行爲言之。凡屬行政機關所爲作用，不問實質如何，皆得包括在內。

行政機關所爲作用，範圍甚廣，不論單純的動作或法律的行爲，及私法的行爲或公法的行爲，均得包含在內。第一，自其是否發生法律的效果點上觀之，可以大別爲法律的行爲與單純的動作。行政上之單純的動作，亦稱事實的行爲(註一)，猶之私人之生活行動，大都屬此，行政作用之大部分，亦屬於此。如調查統計，清潔道路，運轉車輛，教育子弟，乃至天氣豫報，提倡樸素等等，皆其適例。此等動作，自其結果上觀之，並不直接發生法律效果，因又稱爲非法律的行爲，但此種行爲，與法律並非全無關係。蓋行政機關所爲一切作用，概須受乎法規拘束，如越一定界限，

而侵害他人之權利時，即單純的動作，亦應以侵權利行爲，而負損害賠償責任（見第五章）。此時其行爲是否違背法規，自屬法律問題（註二）。又在適法範圍內，所爲單純的動作，一面爲機關人員所爲之行動，於其既爲之後，自服務法上觀之，固已盡其應爲之職務，而有相當之法律上結果；惟以機關行爲而論，此種動作，僅爲行動過程（*Transit*），而無法律效果（*Fact*），詳言之，即未能直接使國家自身或他人之權利義務發生消滅或變更耳（註三）。總之，此種單純的事實動作，以不發生法律效果爲目的，於法律上關係甚小，首屬技術上之問題，而非法學中所研究。

其次，行政上之法律的行爲，又可別爲私法的行爲與公法的行爲。凡國家依公法，即以公權主體，所爲之行爲，爲公法的行爲；依私法，即以私權主體，所爲之行爲，爲私法的行爲。蓋國家於行政上所爲作用，通常雖以公法的行爲爲原則，而一面因財產之所有與管理，亦與私人立於同一地位，而受私法法規之支配。如爲物品買賣，金錢貸借，及承攬契約等，即其顯著之例也（見第二章第二節第二款）。惟是國家所爲私法的行爲，雖亦不失爲行政作用一種，而以其與私人行爲同受私法規之故，於行政法之研究中，亦應除外之。

準上以觀，故行政作用，在行政法學中，特有研究之價值者，厥惟公法的行爲一種。公法行爲之行政作用，簡稱行政行爲（廣義的），本章以後所稱，即係指此。茲就行政行爲之意義及種類等，以次論述如後。

第二節 行政行爲之觀念

行政行爲 (Verwaltungsakt, acte administratif, administrative act) 者，行政機關，依公法所爲之作用，而能發生特定法律效果者之謂也。析言之如左：

(一) 行政行爲者，行政機關之行爲也。

行政行爲，爲行政機關之作用，在形式上，得與立法司法等行爲相區別，業於前述。但行政法關係中之行爲，殊不以行政機關所爲者一種爲限，即人民亦得爲之。因在行政法關係中，除行政主體外，行政客體，亦得爲當事人也。故行政上之行爲，自他面觀之，又可別爲行政主體之行爲與行政客體之行爲。如人民與國家間及人民相互間之雙方行爲（公法上契約）及人民之聲請並訴願等，即以行政客體爲其當事人之行爲也。惟法學中所指之行政行爲，通常僅以行政機關之行爲爲限。

(二) 行政行爲者，發生一定之法律的效果者也。

行政行爲，爲法律的行爲一種，能發生一定之法律的效果。故屬行政機關所爲行爲，而能發生一定之法律效果者，不問其爲精神的行爲或事實的行爲，皆得稱爲行政行爲。惟學界通說，僅以精神的行爲一種爲限，目爲行政行爲。其說或以法律上所謂行爲，不外爲意思表示，故所謂行政行爲，亦不外行政機關，於職務上所爲之意思表示

(註四)。或以行政行為，除行政權之公的意思表示外，其他以類此之精神作用（如觀念表示）為主要要素，而依其要素，發生法律效果者，亦包括之（註五）。以上二說，其所指範圍，雖各不同，而以人格者之心理表示，即一定之精神作用，為行政行為之唯一或主要成分，則屬同一。然此種見解，未免過狹。蓋吾人之意識的行動，所以成為法律的要件，決非以其為心理作用所構成之故，乃以其在法律上，能引起特定效果，而有法律上價值之故也。故僅為一種意思表示，而不能單獨發生法律效果者，如為提存行為，僅為提存之意思表示，而無提存物之交付，固不成一完全之法律要件。他面事實行為中，如國稅征收，人身管束等強制執行行為，雖不以若何意思或觀念表示，為構成要素，亦足科義務人以忍受其強制之義務，而為一完全之法律要件。故凡為法律要件之人為行為，並不因其為一定之精神作用與否，而異其重要與否之品質。所謂事實的行為，苟於行政法上，能直接發生效果者，自亦得為行政行為也。

(三)行政行為者，依公法所為之行為也。

行政為法規下所行之作用，一切行政行為，自須準據法規行之。雖行政法之規定，因區域而有疏密不同，而於行政法關係中，究無所謂「缺法地帶」存在。故行政行為，常為既存法規之實現（即法規之具體化），不能離去法規而獨行。抑法律有公法與私法之別，行政上行為，為依公法所為之作用，與私法行為，異其種別，既如前述。但公法行為與私法行為，非本質上有所差別。例如郵政局依郵政儲蓄及匯兌法規，所為之行為，與私立銀行依私法之

銀行法規，所爲之行爲，於行爲之客體上，並無根本差異。祇因所根據之法規不同，乃一爲公法行爲，一爲私法行爲耳。故公法行爲與私法行爲之區別，每僅爲立法政策上所任意決定，而非事物之本性上有所不同也。又公法行爲之效果，雖以公法上之效果爲本則，而因國家之公法行爲，致使私權取得或喪失者，不乏其例。如因土地收用之裁決，及發明權之特許，而引起土地所有權之消滅，及特許權之取得，即因公法行爲而發生私法的效果也。

第三節 行政行爲之種類

行政行爲，可由種種見地，分類說明如左：

(一) 精神的行爲與事實的行爲

行政行爲，視其是否因一定之精神作用，發生法律效果，可以別爲精神的行爲與事實的行爲，既見前述。精神的行爲，視其是否依一定之意思表示，爲構成要件，更可別爲法律行爲的行政行爲 (*rechtsgeschaeftliche Verwaltungssakt*) 與準法律行爲的行政行爲 (*rechtshandlungsmässiger Verwaltungssakt*)。前者即以一定之意思表示爲要素，依其意思內容，而發生法律效果者之謂。其觀念適與民法中之法律行爲 (*Rechtsgeschaeft*) 相當，又稱行政上之法律行爲或行政行爲 (最狹義的)。法律行爲中之意思表示，即欲發生一定之法律效果之意思表示。此欲發生法律效果之意思，簡稱效果意思 (*Erfolgswille*)。凡法律行爲之效果，常依此效果意思而發

生。故法律行爲的行政行爲，其行爲內容與所發生之法律效果，常相一致。其次，準法律行爲的行政行爲，亦稱準行政行爲，乃以觀念表示等精神作用，爲構成要素，因其要素，直接依法律而發生效果者之謂。此種行爲，其效果之發生，雖亦與一定精神作用，有相連之關係，而發生若何效果，常爲法律所直接決定。故其精神作用之內容，與所生之法律效果，並不一致。此種行爲，於私法學中，亦認有之，卽所謂準法律行爲或類似法律行爲（Rechtshandlung）是也（註六）。

（二）單方行爲，雙方行爲及合同行爲。

行政行爲，以當事人之數爲準，又可別爲單方行爲，雙方行爲及合同行爲。單方行爲，亦稱行政處分（Verwaltungsverfügung，此係廣義的），乃單以行政主體爲當事人之行爲，不問事實行爲或精神行爲，皆得包括在內。惟學界通說，每就精神行爲之單方的行爲一種，稱爲行政處分。茲爲便於區別起見，對於後者，另以狹義的行政處分稱之。要之，單方行爲，以行政主體單方之作用而成立，不須他人行爲，加入在內。雖國家爲其行爲之際，間以私人之聲請或呈請，爲前提要件。如對私人爲漁業權或鑛業權之設定處分時，須待私人之聲請或呈請，始得爲之。但此時其私人之聲請或呈請，爲一獨立行爲。而國家之設權處分，亦一獨立行爲，非與私人行爲相合，而構成第三種行爲。故此時其國家行爲，雖與私人行爲有連繫關係，而性質上，仍不失爲單方行爲也。

其次，行政上之雙方行爲，或稱公法上契約或行政契約（öffentlich-rechtlicher Vertrag. contrat admin-

Interstat), 乃兩方當事人,彼此爲達不同目的,互爲意思表示,因其一致而成立之行政行爲也。契約行爲之觀念,本發達於私法中,然非私法所特有,在國內公法及國際法中,亦認有之。以國內公法而言,亦不以行政法中爲限,即司法法中,亦間有之。如依民事訴訟法規定,第一審管轄法院,得由訴訟當事人之合意決定(第二三條),此即司法契約一種。又單就行政法之範圍而言,凡得爲行政法關係主體者,皆得爲行政契約,初不以行政主體相互間爲限,亦不必常以行政主體爲一方當事人,加入在內,即行政客體相互間,亦得爲之。惟公法原則上爲強行法,公法關係,非私人所能任意設定,故行政客體之行政契約,僅於法律有特定規定場合,始得爲之耳。

最後,公法上之合同行爲,亦稱公法上之協定(Gesamtakt, Vereinbarung),乃多數當事人,爲達共同目的,而爲意思表示,依其結合而成立之單一的行政行爲也。合同行爲,亦互於國內法與國際法之各區域而存在,如鄉鎮之聯合(鄉鎮施行法第六條),及國際聯盟之盟約,即屬其例。此種行爲,其行爲之當事人,各爲獨立意思表示,依其結合而成單一的行爲,與單方行爲及契約均屬不同。蓋契約雖亦以多數當事人之意思表示而成立,而各有不同之目的,以故其所生之效果,亦有反對之意義,如一方取得權利時,他方即負相對之義務。而合同行爲,其多數當事人,乃爲共同目的而爲意思表示,其所生之效果,亦有同一意義。又單方行爲,雖亦有以多數人之意思表示而成立,但此不過爲一種合成行爲(zusammengesetzter Verwaltungsgakt),其行爲仍視爲單一當事人之行爲,與合同行爲,性質上非有多數當事人並立,則不成立者,仍屬不同。如合議機關之決議,及二以上機關之協議,所作成

之單一的國家意思，皆不過爲合成行爲，而非合同行爲。惟合同行爲，雖亦公法中所認有之觀念，實際上其例甚少，於行政法學中，猶無多大之價值耳。

(三) 抽象的行政行爲與具體的行政行爲

行政行爲，以對象爲準，又可別爲抽象的行政行爲與具體的行政行爲。前者以不特定之抽象的社會事實爲對象，後者以特定之具體的社會事實爲對象。不特定之抽象的社會事實，原則爲將來所生之事實；特定具體的社會事實，原則爲現時存在之事實。故抽象的行政行爲，乃對於將來之社會事實，發生效果；具體的行政行爲，恆對現存之社會事實，發生效果。但關於此項區別，學界猶無定說。茲姑以抽象的行政行爲，名爲行政命令；具體的行政行爲，名爲狹義之行政行爲。

行政命令，依其所拘束之客體不同，又可別爲行政規章與行政規程。前者適用於一般人民，卽以一股統治關係中之人民，爲拘束之客體；後者適用於特定之人，以特別權力關係，或其他特別關係中之人，爲拘束之客體。前者以其拘束一般人民之故，又稱法規命令，後者以其拘束有特別關係之人之故，又稱行政規則（註七）。

(四) 一次的行政行爲與二次的行政行爲

行政行爲，以其是否設定新之法律關係爲準，又可別爲一次的行政行爲與二次的行政行爲，前者所以設定新之法律關係，常使新之權利義務得喪變更。普通之行政行爲，概屬於此。後者非設定新之法律關係，僅所以實現

既存之權利義務。如爲強制行政上義務之履行，而爲之強制執行，及對於行政上義務之違反，而爲之處罰，即屬於此。又爲行政監督及行政救濟所爲之行爲，亦屬於此。

以上所述各種行政行爲之分類，僅自各種見地，分別說明，無論在觀念上或實際上，彼此均得綜錯存在，其中一種兼有數種之性質者，自屬有之。故爲說明便利起見，得自其中任何一種見地，先行分類，再以他種標準，以次分類而說明之。茲先以對象爲標準，分爲抽象的行政行爲（狹義的行政行爲）次就具體的行政行爲，分爲單方行爲，雙方行爲及合同行爲，再就單方行爲，分爲精神行爲與事實行爲。至於一次的行政行爲與二次的行政行爲，在以上各種類之行爲中，皆有包含存在，無須另加區別。惟二次的行政行爲中之強制執行一種，有特別討論之必要。此外，行政監督與行政救濟二種，在行政法之理論的體系中，有其特殊地位，非屬行政作用一章所研究。故以下擬就行政命令，狹義之行政行爲，及行政上之強制執行各種，依次分類述之。

第四節 行政命令

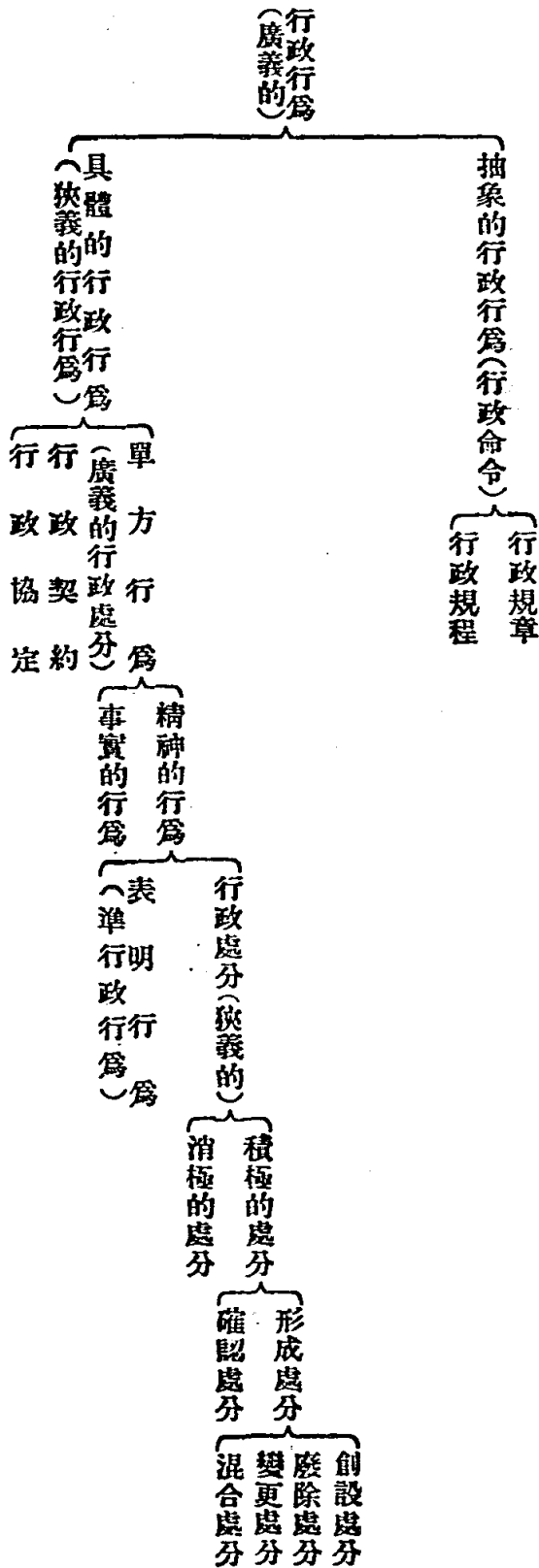
第一款 行政規章

第一項 概說

行政規章者，規律一般統治關係中之行政客體，即一般人民之行政命令也。行政命令之大部分，即屬於此。其

有法規性質，自無待論。惟行政規章名稱，猶非現時國法上之用語，在國法上，通稱為政府機關之命令，如稱國民政府令，院令，部會令，省令及市縣令等是。然此等命令，在理論上，雖以制定拘束一般人民之法規為本旨，而實際上僅就具體的事實而規定者，亦頗有之。此種命令，僅為行政處分，而非行政規章。又政府機關所發命令，形式上雖為抽象的規定，而其內容乃僅拘束特別權力關係中之行政客體者，亦恆有之。此種命令，僅為行政規程，而非行政規章，業已右述。故行政機關所發命令，其實質上未必盡為適用於一般人民之抽象的規定。茲為觀念上便於區別起見，就拘束一般人民之抽象的命令一種，另以行政規章稱之（註八）。

行政行為分類圖



(附註)由具體的行政行為中，除去事實的行為一種，即為最狹義的行政行為。

行政規章，亦以行政主體之精神的作用而成立，但未必盡為法律行為的行政行為，蓋通常所謂法律行為的行政行為，必依其行為要素之意思表示，而發生法律的效果。行政規章中如職權命令或委任命令等，為人民設定一定之權利義務者，固得依其命令之意思內容，發生法律效果。而如施行細則，或僅有通知性質之規則，直接依法規發生效果，而非依其行為要素發生效果者（準法律行為的行政行為），蓋亦有之。故行政規章，雖為行政行為，而未必盡為法律行為的行政行為也。

第二項 行政規章之種類

（一）依於機關之分類

行政規章，為各級政府機關所發之命令，依其所發機關不同，可以別為若干種類。依現行法規規定，計有國民政府令（約法第七五條，修正國民政府組織法第十四條），行政院令（約法第七六條，國府組織法第二五條），各部會令（約法第七六條），林墾署令（實業部林墾署組織法第四條），省政府令（修正省政府組織法第二條），市政府令（市組織法第十二條），縣政府令（縣組織法第五條），首都警察廳令（首都警察廳組織法第二條），威海衛管理公署令（威管署組織條例第四條），設治局令（設治局組織條例第三條）等各種。

（二）依於根據之分類

行政規章，其次，依其所發之根據為不同，可以別為職權命令與委任命令。職權命令，乃行政機關，於組織法上，

依職務權當然得發之命令。此種命令，僅能就其權限所屬事項，即其主管事項，而為規定，所不待論。次之，委任命令，乃行政機關，依組織法以外之法律或上級機關命令之授權，所發之命令。此種命令，或依法律特別授權而發，或依上級命令之授權而發。蓋法律對於某等事項，每不能同時詳密規定，無所遺漏，欲其詳細規定，切合時宜，勢不能不委諸執行機關，臨時規定，以補充之。依法律委任行政機關，以命令補充之事項，不一而足，或以法律之施行日期，委諸命令決定；或對某種情形，使以命令定其例外；或就隨時變化之細小事項，使之適宜定之。至於委任之方法，或指定一定機關，使之以其命令定之；或單指定某等事項，得以命令定之。前之場合，只能以其機關命令規定，不得更以命令委於他之機關。後之場合，則有主管權能之各機關，皆得定之。又行政機關，依職權所發之命令，依同一理由及方法，亦得將某等事項，委任於下級機關，以其命令定之。

(三) 依於目的之分類

行政規章，又次，依其目的不同，可以別為執行命令與獨立命令。執行命令為執行法律或上級命令，所發之命令。如某法施行規則，或施行細則等屬之。此種命令，僅能就該法律或上級命令所包含之事項，加以詳細規定，既不能違反法令，亦不能添設法令所未豫想之新法規，否則不能有效。又其命令所定之法令解釋或補充規定，無拘束法院之效力；人民在審判上，亦得主張其為無效。此種命令，自其根據上觀之，有本於組織法上當然所有職權而發，有本於法令委任而發，故此種命令中，亦有職權命令與委任命令之別。其次，獨立命令，非為執行法令，而為獨立目

的所發之命令。所謂獨立目的，不能概括論述，要由該行政機關，視其得發命令事項，而決定之。此種命令，依其根據如何，亦有職權命令與委任命令之別。

第三項 行政規章之根據及限制

拘束一般人民之法規，以屬於立法機關之制定為原則（法規制定標準法第二條第五條），故拘束一般行政客體之命令，非行政機關權限上當然所能發布，其發布必須有特別之根據。其發布之根據，有約法（憲法）或法律之授權與上級機關命令之授權之別。第一，約法（憲法）或法律之授權，即依約法（憲法）或法律，授與其發布權於行政機關之謂。依約法規定，國民政府，行政院及行政院各部會，各有發布命令之權限；依各地方行政機關組織法所定，地方行政官署，亦各授有同一權限。至於約法及各種行政組織法以外，其他特定法律，是否能授行政機關，以發布命令權，無一般直接明文規定，惟依約法第七六條「各院部會得依法發布命令」之規定，及從來之實例觀之，蓋在認許之列。其次，上級機關命令之授權，即依上級機關之命令，授與其發布權限於下級機關之謂。此種授權，於法理上及習慣上，亦認許之。

其次，關於行政規章之限制，可自實質上與形式上，分別言之。第一，行政規章，在實質上，僅能就一定範圍之事項，而為發布。其依約法（憲法）或法律授權場合，各級行政機關，僅能就組織法上權限所屬之事項，及依其他各種法律所委任之事項發布之。但各種法律所得委任之範圍，國法上有一定限制。凡應依法律規定之事項，原則不

得委諸命令規定（參照法規制定標準法第二條。）其依上級命令委任場合，上級機關僅能就自身命令所能規定之事項，委任於下級機關，而下級命令亦祇能以上級命令所承認之範圍內，發布之。次之，行政規章，在形式上，不得與約法（憲法）、法律或上級命令相牴觸。蓋命令既依約法（憲法）及法律而發，於法之秩序中，其效力自有強弱不同（同標準法第三條第四條。）而下級機關，隸屬上級機關，下級命令，其效力自較上級命令為尤弱。

第四項 行政規章之成立公布及施行

行政規章，由有權限之行政機關，決定內容，並依一定方式表現，始能成立。凡其機關須有行為能力，其行為內容，須屬該機關權限內之事項，概與後述之行政處分同。惟行政規章，常為要式的行為，必須由各該行政機關，作成一定文書，經各該機關長官，記明年月日，並署名或蓋印，以表現之（公文程式條例第四條，國府組織法第十四條，第二五條）（註九）。

既成立之行政規章，欲其發生效力，尚須公布施行。公布即使一般人民知曉之謂。但公布祇依一定程序，置之於一般人民可得而知之狀態為已足，不必家喻戶曉，事實上使各人盡已知之。我國現行通例，凡中央各機關及省市政府之規章命令，或揭載於各該機關公報，或對下級各機關，分別令知，以為公布。其他各機關命令，則由各該機關，以適宜方法公布之。

施行則使既公布之行政規章，現實發生效力之謂。蓋公布為一事，而施行又為一事，單使人民知曉，猶未有現

實拘束人民之效力也。行政規章，現實發生效力，始於施行之時。其施行時期，或依該規章，明定與公布同時施行，或由各該有權限之機關，另以命令定之。但施行仍以一般人知曉爲前提，而人民知曉與否，則因其公布之公報或命令，到達於各處之日期，而有不同。故施行日期，又不能不因所施行之各個處所，而有若干差異。依法律施行日期條例規定：凡規章明定自公布之日施行者，首都以刊登該規章於各該機關各報之日起，或公布該規章之命令，依限應達到各主管官署之日（參照施行法律到達日期表）起，發生效力。各省市以刊登該規章之公報或公布該規章之命令，依限應到達該省市最高主管官署之日起，發生效力。凡規章定有施行日期者，自其特定日期起，發生效力。但刊登該規章之公報或公布該規章之命令，到達各主管官署或各省市最高主管官署，在特定日之後者，以依限到達之日起，發生效力。又刊登該規章之公報或公布該規章之命令，因天災地變，致不能依限到達時，自其到達之翌日起，發生效力（法律施行日期條例第四條第一條第二條）。至同一省市內之各下級機關，應自何時發生效力，法無明文，要須各該省市最高主管官署，依此類推，另以規章定之。

第五項 行政規章之效力

行政規章，所以規律一般統治關係中之人民與國家間之關係，與普通法律同，有拘束人民與國家之效力。即一面有拘束國家自身之效力，苟其規章未經變更，國家自身，亦須依其規章行動，是爲內面的效力。他而有拘束人民之效力，人民依規章規定，對國家有爲一定行爲或不行爲之權利，及負一定行爲或不行爲之義務，是爲外面的

效力。凡行政規章，皆有此兩面效力之特色。惟其兩面之拘束力，未必積極的表現於文面。其文面有直接單定人民之權利義務者，此時就國家方面，雖無直接規定，而行政機關，亦應依其規定行使職權，不得與之牴觸。如是拘束國家機關，不外拘束國家自身。反之，其文面有直接規定官署之組織者，此時國家機關，固須受其拘束，而人民亦有限。從其機關於權限內所發命令之義務，及拒絕權限外所發命令之權利。如是不特拘束國家自身，人民亦須受其拘束。故規章之兩面拘束力，不必待於積極明文規定，但規定一面，他面即已包括於其中矣。

行政規章，因一面有拘束國家自身效力，凡發布該規章命令之本機關，苟未以新之規章，改廢以前，不得以其行政處分，與之牴觸。上級機關，對於下級機關之命令，雖有改廢之權限，而未經改廢以前，亦應受其拘束。下級機關，對於上級機關之命令，須受其拘束，更無論矣。至人民因受命令拘束之結果，有違從其命令之義務，如違反其義務時，須受行政上之強制執行及行政處罰。

第六項 行政規章之廢止及消滅

有效成立之行政規章，第一，因廢止而向後失其效力。廢止之法有二：一直接廢止，即以法令明文，廢止一規章命令。是凡法律及上級命令，皆得爲之。二間接廢止，即法令規定，與一規章發生牴觸。是凡法律或上級命令，於一規章發布之後，或與其發布同時，設有與之牴觸之規定者，則於牴觸之限度，視爲既經廢止。又本行政機關，於發布後，更爲與之牴觸之規定者亦然。但同一機關同時發布之命令，互相牴觸時，則非一方廢止他方，而爲兩方無效。

其次，行政規章，因所定社會事實已消滅，或所定效果已完成而消滅。前者如執行命令，因其所執行之法律已廢止，而當然消滅是。後者如附期限或條件之命令，因期限已屆或條件已成就，而當然消滅是。

行政規章，尙因成立上有瑕疵，而無效或可撤消，其法理與後述之行政處分同。

第二款 行政規程

行政規程，乃拘束特種關係中之行政客體之行政命令，就中以拘束特別權力關係中之行政客體者，爲最主要。於特別權力關係中，權力主體於其權力範圍以內，得當然制定一般抽象之規程，以拘束行政客體。故此種規程，與規律一般統治關係之行政規章不同，其制定不須法律之授權，得以其特別權力，當然爲之；其規定事項，亦非屬立法事項，而爲主管機關職權內當然所屬之事項。然行政規程，在此等點上，雖與行政規章不同，而其內容亦得發生一定效果，左右特定人之權利義務，從之亦有法之性質。

行政規程，依其內容，可分類說明如左：

(一) 處務規程

處務規程，爲關於機關內部組織，事務分配，及執務態度之規定。此種規定，僅於內部發生效力，於人民之權利義務，直接無何關係。故違反此種規定，僅爲職務上義務之違反，非爲對於人民違法。此外，如辦事通則或辦事細則等，亦有同一性質。

(二)營造物規則

營造物規則，乃營造物管理機關，就營造物之管理及利用，所設之規定。如學校規則，圖書館規則，鐵道運輸規則及汽車乘車規則等，皆屬其例。

(三)公共合作之規約

公共合作之規約，乃關於合作社員權利義務之規定，公共合作為公之社團法人，於其目的範圍以內，對於社員，有特別權力，本其權力，得制定拘束社員之規定。但其制定，不過進據既成關係，並非設立新之關係，故與地方團體之自治公約，顯然不同。

行政規程，與行政規章，以同一之要件而成立，但不必公布，僅對有關係人，實行通告為已足。而其通告，亦無一定程序，得以適當方法為之。雖實際上，每將此種規定，實行公布，其公布在法律上，固無若何之意義也。經通告後，除另有規定外，例即施行。

行政規程，亦有拘束行政機關及服於特別力之人之效力。故行政機關，不得以行政處分，與之牴觸；服其特別權力之人，不得為其違反行為。但其服從義務，不履行時，不適用行政上之強制執行及處罰。其應如何執行，須由各該規程，於法律範圍內，另規定之。關於行政規程之無效，撤消，廢止，及消滅，適用與規章同一之法理。

第五節 狹義的行政行爲

第一款 單方行爲

第一項 概說

單方的行政行爲，即廣義的行政處分，係指行政主體，就具體事實，單方所爲之一切法律的行爲而言，不問事實的行爲或精神的行爲，皆得包括在內，既見前述。惟事實的行爲，僅二次的行政行爲之行政上強制執行一種，於行政法學中，有特別研究必要。關於行政上之強制執行，擬另設款說明，亦已前述。故本款中所應研究者，仍精神行爲一種之單方的行政行爲而已。

精神行爲之單方的行政行爲，有法律行爲的單方行爲，與準法律行爲的單方行爲之別。前者即稱行政處分（狹義的），乃就具體事項，爲一定之意思表示，依其表示而發生法律效果者之謂。後者另稱準行政行爲或表明行爲，乃就具體事項，爲一定之觀念表示，直接依法律而發生效果者之謂也。就此二者，茲爲分項說明如次。

第二項 行政處分

第一目 行政處分之種類

行政處分，可由種種見地分類：

(一) 羈束處分與自由裁量處分

行政處分，視其爲法規所羈束與否，可別爲羈束處分與自由裁量處分。羈束處分，卽行政機關，關於具體事件之決定，爲法規所羈束之處分。依其所受羈束程度不同，有二種之別。凡法規有明確規定，行政機關，祇須依照執行者，謂之依法執行。凡法律似任行政機關，自由判斷，而其判斷，必須合於法規之要求者，謂之法規授權或法規裁量。自由裁量處分，乃行政機關，關於具體事件之決定，不受法規羈束之處分。此時行政機關，祇須考慮何者適於公益，而以便宜出之，概已前述。

(二) 職權處分與聲請處分

行政處分，視其依職權自動而爲與否，可別爲職權處分與聲請處分。前者不待何人請求，得由行政機關，逕依職權爲之。如警察上之命令禁止，及稅賦之征收是。後者以人民之聲請爲要件，惟人民有聲請時，始得爲之。如鑛業權或漁業權之設定，及工業所有權之特許是。

(三) 須受領處分與不須受領處分

行政處分，依其須相對人受領與否，可別爲須受領處分與不須受領處分。前者必須相對人受領，始生法律效果，所謂受領，卽處分內容，已置於相對人可了解之狀態之謂。在對話人間，以口頭表示，而爲相對人所了解時，爲已受領。在隔地人間，以文書送達於相對人時，爲已受領。行政處分，以須受領爲原則，凡有特定相對人之處分，均須

經其領受。自其受領時起，乃生效力；其相對人之本意，拒絕與否，殊非所問。後者其意思表示完成之時，即生效力，不必何人受領。如對住所不明之特定人之處分，及對多數不特定人或一般公眾之處分，即屬於此。

(四) 獨立的處分與補充及代理的處分

行政處分，視其所以使他當事人之行為，發生法律效果與否，可別為補充的或代理的處分，與獨立的處分。補充的或代理的處分，所以使他人行為，發生法律效果，均為他人為之。惟補充的處分，所以補足他人之意思，使之完成法律效果。代理的處分，乃代他人為意思表示，使之對於他人（即本人）直接發生效果。如主管官署，對於社團章程變更之許可（認可），即前者是。監督機關，對於自治團體或特許企業者，所為事務之代行，即後者是。獨立的處分，完全為其自身目的而為，非使他人行為，發生法律效果，行政處分之大部，即屬於此。

(五) 要式的處分與不要式處分

行政處分，依其須具一定方式與否，可別為要式處分與不要式處分。前者其意思表示，須依法定方式，否則不能有效。後者無一定方式，不論口頭或書面表示，均聽自便。行政處分，除法令有規定外，以不要式為原則。但視私法中之法律行為，其要式者，殊屬較多。其方式普通為公文程式條例所規定，即記載一定事項於書面上，記明年月日，並由負責者，署名蓋章為之。

(六) 積極的處分與消極的處分

行政處分，視其變更原有之法律狀態與否，可以別為積極的處分與消積的處分。前者對於原有法律狀態，積極加以變更；後者對於原有法律狀態，表示不為變更。所謂表示不為變更，不外對於人民聲請之拒絕（Weizer-*Bill*）惟人民有聲請時，始得為之。如請願之拒絕或訴願之駁回，即屬其例。但此種行為，對於原有法律狀態，雖不發生若何變動，而其拒絕之消極的表示，足使聲請行為，歸於無效，固亦一種行政處分。以故對於此種處分，亦得提起訴願（註一〇）或訴訟。積極的處分，依其內容，可別為形成處分與確認處分，而形成處分，更可區為若干種類。茲就積極的處分一種，另為分類說明如後。

第二目 行政處分之內容

第一 形成處分

形成處分（*Gestaltungsgesetz*）云者，乃使原有法律關係，發生變化，而同時構成一新法律關係之行政處分也，依其變化狀態如何，得以別為創設處分，廢除處分，變更處分，及混合處分四種。

（一）創設處分

創設處分，係設定新法律關係之行政處分，或對特定人，設定一定之法律地位，或對特定物，附與一定之性質。故此種處分，又可別為對特定人設定法律地位之處分，與對特定物附與性質之處分。

（甲）對特定人設定法律地位之處分

對特定人設定法律地位，不外使特定人取得權利義務，身分，人格，或其他之能力。因之此種處分，更可細分為若干種。

(1) 設定義務之處分——下令處分

下令處分(Befehl)，或稱處分命令，乃使特定人即負有特定義務之人，負擔一定義務之處分。最主要者，即使人民或機關之構成員，積極的為一定行為，或消極的不為一定行為之處分屬之。其命為特定之作為者，為作為令(Gebot, injunction)，命為特定之不作為者，為不作為令或禁止(Verbot, prohibition)。下令處分，以有權力關係之存在為前提，或基於一般統治關係而為，或基於特別權力關係而為。前者依其所本權力不同，可別為警察下命，財政下命，軍政下命，及公企業之負擔等。此等下命，須有法規根據，始得為之，所不待論。依下命所生之效果，受命人有遵行之義務，即服從義務，於其不肯遵行時，得依法律所定，以強制執行手段，而執行之。法規有罰則規定時，又得實行處罰。後者即對於官吏之職務命令，及對於軍人之軍令等是。此種下命，不遵行時，適用特別之制裁規定。

(2) 設定權利之處分

對特定人設定權利之處分(Verleihung)，種類甚多，茲依所設定之權利不同，別為設定公權之處分與設定私權之處分。前者如公物獨占使用之特許是。後者如漁業權，鑛業權，特許權及商標權之設定是。

(3) 權利義務包括設定之處分

權利義務包括設定之處分 (Gewährungs)，即整個的法律地位或身分設定之處分。此種處分，與各個權義之設定不同，乃使特定個人與國家間，發生包括的法律關係。凡特別之包括的法律關係，除依公法上之契約外，類由國家單方行為設定之。如公企業之特許，官吏之任命，兵役之編入，拘留罰之決定，及感化院之收容等均屬之。

(4) 賦與能力之處分

賦與能力之處分，可別為設定人格之處分，解除禁止之處分，及同意處分三種。

(a) 設定人格之處分

設定人格之處分，即對於新設立之團體，賦與權利能力及行為能力之處分。如私法人設立之許可，及公共合作設立之許可是。

(b) 解除禁止之處分——許可

解除禁止之處分，通稱許可 (Erlaubnis, permission)，即就原則上為法律所禁止之行為，對特定人解除其禁止，使得適法而為之處分。凡各人天然得自由之行為，本以任於各人自由為原則，然有特種行為，若放任之，則易發生妨害社會公益之結果。對於此種行為，國家乃以法律特加禁止，不許人民任意為之。但其禁止，並非絕對的禁止，如行政官署，認為對特定人，不妨解除其禁止時，則得解除禁止，使得自由為之。此時對特定人解除禁止，使有特定行為能力，通常即稱許可。故知其法律之禁止，為保留許可之禁止 (Verbot mit Erlaubnis)，而依許可得為之。

行爲，原爲各人自由得爲之行爲；以故許可非予特定人以向所未有之權利，不過撤去法律限制，回復其固有之自由而已。許可既以禁止爲前提，與下命同，亦以有權力關係之存在爲要件。其本於一般統治關係者，如警察許可，財政許可，及軍政許可是。就中以警察許可一種，爲最重要。其本於特別權力關係者，如對於事務官兼差之許可是。

(c) 同意處分——認可

同意處分 (Zustimmung)，又稱認可 (Genehmigung, autorisation)，爲補充的處分一種，即對特定人之行爲，與以同意，使之完全發生法律效果之處分。如社團章程變更之許可 (民法第五三條第二項)，區長俸給及區監察委員辦公費之核定 (區自治施行法第十五條) 即屬其例。法令中關於認可，有時亦稱許可，但與右述之許可，究屬不同。許可爲禁止之解除，未受許可以前，其行爲不得爲之。而認可爲行爲之同意，其行爲初非法律所禁止，祇未得同意以前，猶未完全發生效力耳。故應受許可之行爲，若未受許可而爲之，其行爲常受處罰，或至少禁止繼續。但既爲之各個行爲，如未受許可營業之行爲等，並不因之無效。而應受認可之行爲，未受認可而逕爲之，其行爲非屬違法，乃屬不能有效。

(乙) 對特定物附與性質之處分

對特定物賦與法律上性質之處分，以設定公物之處分，爲最重要。如道路公用之開始，及要塞地帶之指定等，即屬其例。但此等處分，一面對物賦與性質，同時亦對人發生效果。如因共用物之設定，一般人乃得使用其公物；因

其他公物之指定，國家乃取得其公物權或公物管理權。

(二) 廢除處分

廢除處分，與創設處分相反，即對特定人撤消法律地位，或對特定物撤消性質之處分。

(甲) 對特定人撤消法律地位之處分

對特定人撤消法律地位之處分，即不外使特定人之權利，義務，身分，人格及其他能力，歸於消滅之處分。

(1) 消滅義務之處分——免除

消滅義務之處分，或稱免除 (*dispens, dispensation*)，即免除作為，給付或忍受義務之處分。如租稅之免除，兵役之免除，國立學校學費之免除，及大赦，特赦，假釋等，均屬其例。免除與前述之許可，同其性質，特一為作為給付或忍受義務之免除，一為不作為義務之免除，所免除之標的，有所不同已耳。

(2) 消滅權利之處分

消滅權利之處分，如公物獨占使用之撤消，私權設定處分之撤消，及廢棄有傳播傳染病危險之物品之處分等屬之。

(3) 權利義務合併消滅之處分

公法上整個的地位或身分廢除之處分，即官吏之免職，國立學校學生之開除，及公企業特許之撤消等是。

(4) 消滅能力之處分

消滅法律上能力之處分，即法人設立許可之撤消，許可及認可之撤消等屬之。

(乙) 對特定物撤消性質之處分

對特定物撤消原有性質之處分，亦即道路公用之廢止，及其他公物之廢止屬之。

(三) 變更處分

變更處分，即對於原有之法律地位，加以變更之處分。或對原有地位，消滅其一部分，而縮小其範圍，或於原有地位之外，加以新之權義能力，而擴大其範圍。如租稅之減輕，官吏之停職，及對許可所附負擔之變更等，均屬其例。

(四) 混合處分

混合處分，即創設與廢除合併而為之處分，如土地徵收之核准，一面使土地所有人，喪失其所有權，他面使與辦事業人，取得其權利是。

第二 確認處分——裁決

確認處分 (Feststellung) 云者，係就一定之事實或法律問題，為認定之表示，而使行政客體，負其遵從義務者之謂也。所謂事實問題，即一定法律事實之存否，申言之，即於一定法律關係，有重大影響之事實，存否之問題。如所得金額之決定，補償地價之估定，河川流域之認定，市縣境界之勘定，候選人表冊之核定，得票多數當選之決定，考

試合格之決定，及度量衡之查定等，即事實存否之確認也。所謂法律問題，即一定法律關係之存否，申言之，即一定權義身分或能力存否之問題。如對處分有效無效訴願之決定，違警罰金之決定，官吏卹金之核定等，即法律關係存否之確認也。凡一事實或法律關係，究竟存在與否，原為事實上或法律上所一定，行政機關，為其裁決之際，不過就其具體事實或法律關係，為認識之表示而已。然行政機關所為認定，亦有拘束行政客體之效果意思，存在其間，苟非依聲明異議或其他救濟手段，請求變更，固已不能更動之矣。

第三目 行政處分之附款

第一 概說

行政處分之附款(Nebenbestimmung)云者，對行政處分內之內容，所附加之意思表示，用以限制其處分之效果者之謂也。行政處分，通常雖以對特定人，發生所豫期之法律效果為原則，而行政官署，為顧全社會公益，乃至為受處分人自身之利益計，有時對其處分效果，加以多少限制。或使其效果暫不發生；或於其發生後，於一定情形，使之斷然消滅；或與其發生同時，使受處分人，擔負一定負擔。凡此為限制行政處分之效果，所附加之意思表示，即稱行政處分之附款。

行政處分之附款，既為對於處分內容，所附加之限制，自與處分內容之主要部分，同為行政官署之意思表示。故法規直接規定，對處分效果，一般所加之限制，不得稱為附款。因此種限制，原為法規所規定，而非出於行政官署

之意思表示也。

行政處分之附款，爲同一處分之法法律事實，而非一獨立之法法律要件。故雖以附款科受處分人，以特定義務之場合，亦僅同一處分所生之效果，而非生於另一處分。因其附款之意思表示，係與效果上受其限制之主要意思表示，構成同一處分之內容，而爲單一之法法律要件也。

第二 附款之種類

行政處分之附款，計有條件，期限，負擔，及撤消權之保留四種。

(一) 條件

行政處分之條件 (Bedingung)，即對行政處分內容所加之附款，以使其處分效果，決於將來發生與否不確定之事實者也。條件有停止條件與解除條件之別。凡使其處分效果，至條件內容之事實發生，即條件成就之時，始行發生者，謂之停止條件。而使其處分效果，暫時存續，至條件內容之事實發生，即條件成就之時，乃歸消滅者，謂之解除條件。如謂下動員令時，則應集合，停止條件也。謂幾月內不興工，則道路經營之特許，當然失其效力，解除條件也。附停止條件之處分，在條件未成就前，其效果猶在停止，及其成就，始以發生。附解除條件之處分，與通常情形無異，其效果自始即以發生，但僅存續至條件成就爲止，及其成就，遂以消滅。要之，附條件之處分，其效果之發生或消滅，常繫於將來成否不確定之事實，因之其法律關係，亦常處於虛懸不確定之狀態焉。

附條件之行政處分，其例並不甚多。依法規直接所附之條件，所謂法定條件，非附款之條件，固無待論。如依法執行及確認等處分等，性質上不宜使之處於不確定之狀態者，則根本不能附以條件。其附加為法律直接間接所禁止者，自亦不得附之。處分之得附以條件者，除法律特有規定外，僅以屬於官署裁量之處分屬之。但此種場合，亦多可以他種方法代之。如於事實發生之後，另為新之處分；或就前之處分，實行撤消，皆可與附條件，得到同一之效果也。

(二)期限

行政處分之期限(Befristung)，亦對處分內容所加之附款，使其處分效果，決於將來確定發生之事實者也。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，其效果猶為停止，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為止，及其屆滿，遂以消滅。要之，附期限之處分，不問其為始期或終期，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。但期限內容之事實發生，雖屬確定，而其發生時期，尚有確定與否之別，因之，期限又有確定期限與不確定期限之分。其事實之發生與發生之時期，均屬確定者，謂之確定期限。其事實之發生，雖屬確定，而其發生時期，不確定者，謂之不確定期限。如謂某月某日起，禁止某路之通行者，為附始期而期限確定之處分。謂家畜之所有人，於家畜死亡之際，

應爲其呈報者，則附始期而期限不確定之處分也。謂以若干年爲限，與以公營業之許可者，爲附終期而期限確定之處分。謂至外國大學畢業爲止，每年給以獎學金若干者，則附終期而期限不確定之處分也。

附期限處分，其例亦不甚多，法律中所有類似期限之規定，皆爲法定期限，而非附款。又處分對象之事實上當然含有之時期，如謂於博覽會開會中，許可在場內開飲食店者，不過示明其行爲之內容，亦非對其許可所設之附款也。

行政處分，得附期限之限度，與附條件之場合同。在處分性質上或法律規定上，不得附以期限者，均不得附之。其得附以期限者，除法律特有規定外，亦僅任於官署裁量之處分屬之。

(三) 負擔

行政處分之負擔 (Aufgabe)，亦對處分內容所加之附款，所以使受處分人，擔負一定之義務者也。處分負擔，爲保護社會公益而設，多於設定能力之許可，及設定權利之處分中見之。負擔內容之義務，有作爲義務，有爲不作爲義務，又有爲金錢給付之義務。如對公營業之特許，同時命爲特種設施；對於建築許可，同時限制其建築樣式；對於公物占用之特許，同時命納一定之使用費等，卽屬其例。附負擔之處分，受處分人，不肯履行其義務時，行政機關，得取適當之處置，如強制其義務之履行，限制其因處分所受之利益，或撤消其處分等，皆得爲之。以是言之，故處分負擔，亦爲對於處分效果，所加之限制。但其負擔與前述之條件，有所不同。附條件處分，其效果常處於不確定之狀

態。而附負擔處分，其效果自始確定，既不因附有負擔，而停止發生，亦不因負擔之不履行，而當然消滅。祇受處分人，不肯履行其義務時，如前所述，行政機關得撤消其處分耳。

附負擔之行政處分，實際上其例較多。但依法規直接規定，受處分人當然負一定之義務者，為法定負擔，而非處分附款。行政處分，得附負擔之限度，亦與得附條件之場合同，即除法規特有規定外，僅以任於官署裁量之處分屬之。

(四) 撤消權之保留

撤消權之保留 (Wiederrufsvorbehalt)，亦處分內容之附款，即保留於一定情形，得撤消其處分者也。此種處分附款，與負擔同，多於賦與能力或權利之處分中見之。或與負擔連繫，聲言不履行其義務時，則撤消之。或與負擔無關，獨立保留其撤消權。行政處分，附有此種保留，其效果上，自亦受相當之限制。但其效果將來因撤消而消滅，係出於行政機關之二次的意思表示，與附解除條件之處分，其效果因不確定之將來事實之發生，而當然消滅者，自屬有別。又依法定當然得為之撤消，而非處分之附帶表示所保留者，亦非此之撤消權之保留。行政處分，得加此種附款之限度，亦與右述得加條件之場合同，茲不復贅。

第四目 行政處分之成立告知及受領

第一 行政處分之成立

行政處分，因有權限之行政機關，依於法之要求，為處分之意思表示而成立。質言之，其成立須具若干要件。其要件依處分種類，而略有不同。視其為各種處分所共通與否，有一般要件與特別要件之別。前者為各種行政處分共同應具之要件，以各該法規規定中之共通要素構成之。後者為各種行政處分特別具有之要件，以一般要件以外之法律事實屬之。故欲求一行政處分之成立要件，須於一般要件之外，加上特別要件，始得知其全部。茲就其一般要件，述之如次：

(一) 須處分機關，有為其處分之能力。

行政處分，欲其有效成立，第一須其處分機關，具有行為能力。蓋國家行為，不外為機關所表現，國家之當事人能力，自亦還原為機關之執行能力。惟構成國家之機關者，仍不外為普通之個人。故欲國家機關，具有行為能力，必須其構成人員，係受合法之選任。關於任官資格及能力之要件，多半為法律所一定。前既言之，對於完全無任官能力人，而為任命，其任命應為無效。但對無任官資格人，加以任命，其任命未受撤消以前，則非當然無效。從之此種人所構成之國家機關，始得視為有行為能力。

(二) 須處分機關，有為其處分之權限。

行政機關，僅於一定事項之範圍內，有代表國家之權能。易言之，僅就所屬權限內之事項，得為各種行為，以其行為，歸屬國家。故行政機關，對於無事物或土地管轄權之事項，而為行政處分，不能以國家行為而有效。惟特定行

爲處分，是否屬其機關權限，與其處分是否適當，又屬有辨。蓋所謂處分機關，須有爲其處分權限，但須其處分之內容事項，一般的屬其機關之權限爲已足。其職權內所爲處分之妥當與否，則爲另一問題。例如警察機關，對警察上不應許可之情形而爲許可，或徵稅機關，就所徵稅額之計算而有錯誤，固仍爲權限內之行爲，而未越乎權限之外。此種處分，不過違法或不當而已。因其違法不當，於效果上雖成問題，而其處分本身，要未至以權限外之行爲，而完全不能成立也。

(三)須受處分人，得爲處分客體。

凡有公法上權利能力之人，皆得爲處分關係人即受處分人。但有特種地位之人，因某範圍不受國法支配之故，不受行政處分之拘束。如在我國國內之外國元首及外交使節，因有治外法權，不受我國稅法及警察法規之適用。若對此等不得爲行政客體之人，而爲課稅或住宅搜索之處分，則不免爲有瑕疵。又對其他不能附以特定法律地位之人，而附以法律地位亦然。故受處分之人，須爲行政法上有受處分能力或其他條件之人，簡言之，即得爲該當處分客體之人。

(四)行政處分，有一定標的物時，須其物件得爲處分之標的。

猶之私法中，有所謂不通融物，行政法中，亦有不得爲處分標的之物。例如私有水面，不得爲漁業權設定之標的，私有土地，不得編入道路。如行政機關，如就此等物件，而爲漁業特許，或道路編入，則不免爲有瑕疵。故行政處分

有一定標的物時，須其物件，在法律上得為處分之標的。

(五)行政處分之內容，須為可能，明確，適法，並合於公益。

行政處分，與一般法律行為同，其內容須屬可能，明確，適法，並合乎公益。所謂可能，即其內容非屬事實上或法律上不可能之謂。其屬事實上之不可能者，此處姑置不論。其屬法律上之不可能者，其行為不單違法，且全然不能發生效果。其次，所謂明確，即其內容須有一定意義，並得確定之謂。如對於何人命令何事，或許可何事，而不能明白確定，則直無一定內容，自亦不能成立。復次，所謂適法，即其內容須合乎法規所定之謂。如違反禁止規定，或與法規牴觸，皆不免為有瑕疵。最後，所謂合於公益，即其內容須合於政治上或行政上目的之謂，不合於政治上或行政上目的之處分，縱不牴觸法規，亦不免以有礙公益，即不當而得撤消之。

(六)處分之意思表示，須其本意與表示相一致。

意思表示，因意思決定與表示之二階段而成立。意思決定，僅為心理作用，未表出於外部而為外人所認識，固未成發生法律效果之原因也。然所決定之意思與表出之意思，未必其常相一致。其意思與表示不一致時，為確保社會交涉之安全計，固應尊重外部意思。但若過重表示主義，則於善意之行為人，有時未免失之過酷。故法律為保護善意之行為人計，以意思與表示不一致時，其行為不能完全有效成立。行政處分為行政機關之意思表示，其意思與表示因善意不一致時，自亦發生同一結果。即行政官署，於為處分之際，因錯誤或詐欺脅迫，致處分意思與表

示相齟齬時，其處分內容，亦不免爲有瑕疵。此種處分，究爲無效或僅可撤消，學界雖有議論，而認其爲有瑕疵，至少可以撤消，則已爲多數人所共認。故行政處分，須處分表示與本意一致，始能完全有效成立。

(七)行政處分，有一定之先行程序者，須經其先行程序。

行政處分，未爲正式決定以前，有時須經一定之先行程序。如處分前須爲一定事項之公布或告知，或命受處分人親自到署，及令有關係人相互協議，徵求他官署之意見，呈請上級官署之核准，及候待受處分人之聲請或呈請等，皆其例也。此等前提要件，與處分本身，雖非絕對不能分離，而程序上，未有此等先行事項，其處分則亦不能有效成立。

(八)行政處分，其意思表示，法規上有一定之方式時，須合於法定方式。

行政機關，爲處分之意思表示，除法令特有規定外，不須一定方式。不論明示或默示爲之，均無不可。例如道路棄置不修，致事實上不能使用，卽爲默示公物之廢止。其在明示場合，通常固以文書爲之，而以口頭或各種形容爲之，亦能成立。如警察上之處分，每得以口頭或舉手爲之。但行政處分爲求鄭重明確起見，須以一定方式爲之者，較私法上行爲，其例特多。至於應具如何方式，爲各種法令所規定。通常卽依公文程式條例，記載一定事項於書面上，並記明年月日，署名蓋印爲之。亦有如許可證等，另以特種方式爲之。凡要式處分，不合法定方式，不能完全有效成立。

第二 告知及受領

行政處分，一般須具右述各種要件，始能成立，並發生效力。然成立要件與發生效力之要件，又屬有別。右述各種成立要件，固亦為發生效力所必要。而欲處分真正發生效力，尚須具備他種要件。其要件即告知與受領是。

(一) 告知

行政處分，欲其發生效力，第一，須將處分內容，告知於相對人。蓋行政處分，通常必有相對人，欲其發生效果，易言之，欲其效果歸屬於相對人，自非先使相對人，了解其處分內容不可也。處分告知之方法，亦有要式與不要式之別。其須依法定方式者，為要式的告知，不須一定方式者，為不要式的告知。此之所謂方式，與右述處分之成立方式，未必盡同，自無待論。

行政處分之告知，亦以不要式為原則。即除法令有規定外，其告知得以適當方法為之。如為口頭處分，即以口頭告知；文書處分，即以文書送達或署前揭示為之。要之，此等告知方法，各應於何等情形採用，事實上雖有一定限制，而法律上，因任官署自擇，仍皆為不要式的也。但於特種場合，法令不無方式限定，或令以一定方式法送達，或於公報上公告，或以一定期間，供諸公眾閱覽，此等要式告知，多對於不特定人，為處分告知時用之。

(二) 受領

處分有須受領處分與不須受領處分之別，凡有特定相對人之處分，須經其受領，始生效果，前既言之。但法理

上僅以處分內容，已被置於相對人可得而知之狀態時，易言之，僅以處分之告知已到達於相對人時，視為既經受領。故以口頭告知場合，即以口頭告知之時，為相對人所受領。以文書告知場合，如向對話人而為文書交付，則以交付之時，為已受領；對隔地人而為文書送達，則以到達於相對人之居所時，為已受領。但有特定相對人之處分，亦有例外場合，不須經其受領者。如相對人之住所不明，或其人數過多，無從使其受領，或不便一一告知者，得以公告或揭示，而為告知。此等場合，其處分即自公告或揭示時始，發生效果。

至於無特定相對人之處分，完全不須何人受領，單以處分告知，即能發生效力。此種處分，如以道路通行之禁止，及公物之設定並廢止等，對多數不特定人或一般公眾之表示屬之。其表示及告知方法，業已前述，茲不復贅。

第五目 行政處分之效力

第一 行政處分之確定力

行政處分，在某點上已確定而不得更動之效力，是為行政處分之確定力 (Rechtskraft, Unanfechtbarkeit)。行政處分之確定力，須分形式上之確定力與實質上之確定力言之。

(一) 形式上之確定力

行政處分之形式上確定力 (formelle Rechtskraft)，即其處分已不得以法律上救濟手段，而為爭訟之謂也。關於行政處分之法律上救濟手段，有聲明異議，及提起訴願或訴訟等各種，如後所述。凡對違法或不當之處分，

原則得依此等手段，請求撤消，使之喪失效力。但此等對抗手段，僅以一定期間為限，得提起之。因其提起期間，若無限制，則一處分，至數年或數十年後，亦有再受撤消之慮，於法律關係之安定性，甚有妨礙也。故對於救濟手段之提起，法律上常有一定期間之限制。若其期間經過，而不請求救濟，則其處分之效力，在形式上遂告確定。又經請求救濟，而結果已告確定者亦然。

(二) 實質上之確定力

行政處分之實質上確定力 (materielle Rechtskraft)，即其處分內容所有之決定，法律上已不得再為更動之謂也。行政處分，有此種確定力時，行政機關，固已不能再就同一事項，而為不同之決定；而私人亦不得再就同一事項，而請求為不同之變更。但行政處分，與司法判決不同，不適用一事不再理之原則，因之其得撤消變更與否，亦不能與判決同斷。然就此問題，學說尙未一致（註一）。或以行政處分，與法院判決不同，全然不有實質上之確定力。或以行政處分，與判決同，不得再為撤消變更。或以判決決定，雖不得再為撤消變更，而行政處分，則未必盡有實質上之確定力。以上三說，當以第三說即折衷說，為較妥當。蓋行政處分，有無實質上確定力，未可一概而論。如有瑕疵之行政處分，除因爭訟結果，已得形式上之確定力外，行政機關，得為撤消或停止，固無待論。即無瑕疵處分，如其存續於公益有礙，或其處分基礎之情事已變更時，亦得依法規而廢止或變更之也。行政處分於何等情形，得為撤消廢止，姑待後述。

第二 行政處分之拘束力

行政處分，與法規同，依其內容，有拘束行政主體及客體之效力，是為行政處分之拘束力（*Verbindlichkeit*）。第一，行政處分，一面有拘束行政主體之效力。凡表現行政主體之一切機關，不問該當處分官署，或上級官署，乃至其他機關，在該處分本受合法撤廢以前，概須受其拘束。例如警察機關，已為營業停止，對其受停止人，縣政府或省政府，不得再以營業人而處遇之。又如省府官吏，在職滿十五年，被處免職，若仍請求給卹，則雖具備其他條件，銓敍部亦不能作自請退職官吏，而為給卹之核准。其次，行政處分，他面有拘束行政客體之效力。凡受處分之相對人及第三人，皆應受其拘束。但對特定相對人之處分，原則上僅對其特定人，發生效果；祇有少數場合，如已受許可營業之繼承等，得移轉其效果於繼承人而已，至對多數不特定人或一般公眾之處分，則依處分內容，應受其效果歸屬之一切人，皆應受其拘束，自不待贅。

第三 行政處分之執行力

行政處分之執行力（*Vollstreckbarkeit*），即得依一定手段，使其處分內容，完全現實之謂也。行政處分，有須執行與不須執行之別。凡其內容，係對受處分人命為一定行為或不行為者，於其不肯遵行時，類得強制執行之。關於處分執行之手段，為行政執行法所規定，如後所述。要之，須執行之處分，縱形式上之確定力未決定前，亦得開始執行。祇已提起訴願或訴訟之際，依法律規定或官署決定，應例外停止執行而已。訴願法第十一條行政訴訟法

第九條

第六目 行政處分之無效及撤消

第一 概說

行政處分，若具各種要件，固能依其內容，發生法律效果，然行政機關所爲行爲，因在某等點上，未能合乎法之要求，而對於其關係人，不能發生完全之效力者，事恆有之。行政處分，在效力上所有欠缺，爲行政處分之缺效，致其缺效之違法原因，卽行政處分之瑕疵（Fehl, Mangel）。行政處分，因所有之瑕疵不同，其所生之結果亦異。其結果或爲完全無效（Unwirksam），或姑視爲有效，而終得撤消之（Anfechtbar）。

行政處分之無效，卽其處分，完全不發生與其內容相當之效果之謂。無效之行政處分，幾與未有其處分者同，任人皆不受其拘束。故其無效，不待宣告，無論行政官署或法院，皆得以獨立之見解，而判斷之。其次，行政處分之撤消，乃其處分附有瑕疵，因有權限機關之撤消行爲，而喪失其效力之謂。得撤消之處分，在未撤消以前，固已完全發生效力，而國家機關，以及受處分人，皆須受其拘束。祇因處分本身，附有瑕疵，有撤消權之官署或法院，得撤消之，使之喪失效力耳。行政處分，究有何等瑕疵，乃爲無效，而有何等疵瑕，乃爲僅得撤消，關於其間界限，各國之成文法，咸無明確規定，而學說亦未一致。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，否則僅得撤消。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，則其處分未受有正當權限之官署，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，人民亦得舉以反對，將使國家不易爲機宜之處置矣。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，否則僅得撤消而已。撤消原因，首以違反公益之情形屬之。行政處分，須適合於公益，業於前述。違反公益之處分，雖不直接違反法規，而以違反行政目的之故，不免爲有瑕疵。然單純違反公益，決非當然無效，不過得爲撤消。至於違反法規，則因情形不同，不能一律。如違反禁止規定，固爲無效，否則亦僅得撤消。蓋猶法院判決，縱屬違反法規，亦未必常爲無效也（註一一）。

第二 行政處分之無效

（一）無效之原因

行政處分，如有重大瑕疵，則爲當然無效，已見右述。但至若何程度，乃爲重大，學界亦無定說。茲就前述各種要件之欠缺情形，分別論述如左。

（甲）行政處分，須其處分機關，具有行爲能力，前既言之，故在單獨制或獨裁制機關，如其構成員，非屬有效選任，或已被命停職免職，而復照常執務，則因非屬正當組織，不有行爲能力，其處分應屬無效（公務員懲戒法第十

八條。)至於合議制機關，因須多數份子，合同行動，爲某處分，有無行爲能力，尤易成爲問題。如(1)開會或議決時，不足法定人數；(2)開會或決議時，雖足法定人數，而有缺格分子，加入在內；(3)應召集而不合法召集，卽行開會，(4)開會雖不需一定之程序召集，而集會非屬職務上之會議。凡此場合，因其機關非屬正常組織，其議決亦屬當然無效。

(乙)行政機關，僅於一定範圍內，有代表國家，而爲行政處分之權限；其權限則視有無事務，土地及人之管轄權，而決定之，亦已前述。凡處分機關，於此三方面中，任何一面，無管轄權者，皆不免爲越權處分，卽無權限處分而無效。例如教育部長而爲營業許可，或田賦征收，乃事務種類上無權限之處分；甲地官署，對於乙地土地或營業，而爲許可，乃土地區域上越權之處分；又自人的範圍言之，如各軍區司令官，不有法律上根據，而對一般人民，命以特別服務義務，亦爲越權處分而無效。

(丙)對於不得爲處分客體之人，而爲處分，則因不能附以效果而無效。如對精神健全之人，令入精神病院；對外國人，而爲礦業權賦與；對無土地所有之人，而爲土地科稅；對有治外法權之人，而爲處罰，此等處分，皆因不能附以該當法律效果，自始不能有效。

(丁)對於不得爲處分標的之物，而爲處分，亦爲當然無效。如就私有水面，而爲漁業許可(漁業法第三條第四條)；就要塞地帶，而爲礦業許可(礦業法第二二條第一款)；就不可扣押之物，而爲租稅延納處分；就私有土

地，而爲道路編入，凡此等等，皆因該當物件，不得爲處分標的之故而無效。

(戊)處分內容如屬不可能，不明確，或違反法禁者，皆爲無效。

(1)處分內容之不可能，有事實上不可能與法律上不可能之別，前已言之。事實上之不可能者，卽不能以社會現象而實現之謂，其能否，當以客觀的標準決定之。如命以今日技術上不可能之方法，而爲建築，卽屬其例。此種處分，不能有效，自無待言。法律上之不可能者，卽法律上不能發生效果之謂，其含義與違反法禁，或單純之違法，有所不同。其不能非屬法規明文之違反，乃法律上當然不能發生與其處分內容相當之效果耳。處分內容，屬於法律上不可能者，通常以對法律上不能存在之地位，使之發生，或對法律上不能存在之地位，使之消滅之場合屬之。

(a)就法律上不能存在之地位，使之發生之處分，如對於特許之聲請，與以非特許法規所認有之權利，爲強制不作爲義務之履行，科以行政執行法上，所不認有之處罰（卽與執行罰種類不同之處罰）等，皆因其權利義務，無從發生而無效。(b)就法律上不能存在之地位，使之消滅之處分，如對於既消滅之礦業特許，而爲撤消；對於並不存在之義務，而爲免除等，皆因本不存在之權義，無從使之消滅而無效。

(2)所謂處分內容之不明確，卽其內容所定何事，不可確定之謂。若其內容，究爲命令，許可，附與，或確認而不明白；或命爲何事，許可何事，附與何物，確認若何事實而不可確定，則其處分，直無一定內容，亦以不能發生效果而無效。例如對於土地收用之裁定，並不指定所收用之土地，但云某氏所有之土地若干畝；或爲警察犯之卽決處分，

並不宣告其違警行爲，及所處何種處罰，皆因內容不明確而無效。

(3) 處分內容，若違反禁止法規，亦屬當然無效。但違反禁止規定之處分，並非法律上不能發生與所定相當之效果而無效，乃逕以其爲法規所禁止之理由而無效，與右述法律上不可能之場合，略有區別。又此之所謂違反禁止，不以刑法上之犯罪爲限，其他法律上絕對禁止之行爲，亦在其內。如許可踏入交通絕對遮斷之區域，卽其例也。

(己) 此外，法令就處分方式，有特別規定，而未具備必要方式：例如應爲書面表示，而用口頭陳述；應爲簽名蓋章，而未簽名蓋章等，欠缺方式之主要部分時，其處分皆爲無效。爲處分前，應爲一定先行程序，而未履行：例如應先呈請上級官署核准，而未經其核准；應待受處分人之呈請，而未經其呈請；應爲一定事項之公布，而未公布；應令關係人協議，而未令其協議等，皆因欠缺必要之先行程序而無效。又應對受處分人卽相對人告知，而未告知或公告；應使相對人受領，而未經其程序，其處分亦皆不能發生效力，概已前述。

(二) 無效之效果

行政處分，有右述各種重大瑕疵時，幾與未有其處分者同，根本不能發生效力，任人皆不受其拘束。故(1)對於此種處分，行政機關或司法院，皆得以獨立見解，認定其爲無效。(2)依此種處分，命人民以義務時，人民無服從必要。若處分機關，必以其爲有效，而強制人民履行，則得將其機關人員，訴諸刑事法院。(3)依此種處分，設定權

利，第三人無尊重義務，若自稱權利人，以權利受侵害，而提起訴訟時，民事法院，得以已意，判定為不成立。(4) 依此種處分，科人民以義務，人民若無過失，而竟履行其義務時，得請求賠償，因此所受之損失，或以不當利得，請求返還所為之給付。(5) 此種無效處分，不因追認或期間經過，而變為有效。如前所述，行政處分，因一定期間之經過，不得再為訴願或訴訟。然無效處分，並不因之有形式上之確定力。縱其期間經過以後，行政機關或司法院，仍得認定其為無效。

惟無效處分，與處分之不存在 (Nichtvorhandensein)，又屬不同。行政處分之不存在，乃全非行政機關之行為，如非警察官吏，假冒官名，而為命令；或私人偽造公文，為處分書，任人皆得以非處分，而否認之，固不待於公之確認，亦不得為訴願或訴訟之標的。而無效之處分，則事實上固為行政機關之行為，苟其處分機關，自認以為有效，則行政客體，不得不就其理論上無效處分，姑視為行政處分而存在。以故對於此種無效處分，仍得以訴願或訴訟等方法，請求為無效之確認。然此時其無效確認，非使有效處分，自始喪失效力，特不過就本無效者，宣告為無效耳。

理論上無效之行政處分，在實際上，其結果未必常為無效。如本為無效處分，因行政訴訟結果，而判為有效者，則因其判決，有最後確定力之故，無論官署人民，皆須受其拘束，而其無效處分，至此已不得不認為有效矣。又此種無效處分，即未經訴願或訴訟確定，而實際上，始終以有效處分而處理之者，亦恆有之。故理論上無效處分之效果，與其實際上之效果，未必一致。欲其兩者常相一致，則猶有待於行政官署之自制耳。

與處分無效相似，而實不同者，尚有處分失效一種。處分失效，乃既發生效力之處分，因有後發瑕疵，致其處分，當然喪失效力之謂。失效處分，非自始不能成立，在此點上，實與無效不同。然處分失效，雖係向失其效力，而與後述之處分停止，又屬有別。失效因有重大瑕疵，當然喪失效力，而不待任何國家行為，加入在內，而停止則除一定之瑕疵外，尚須行政機關之停止處分，乃向後失其效力耳。

第三 行政處分之撤消

(一) 概說

行政處分之撤消，乃一度發生效力之處分，因有權限機關，認定為有瑕疵，另以他一行為，使之消失效力之謂。凡得撤消之處分，雖亦帶有瑕疵，而未撤消以前，固已發生效力。故撤消與無效確認不同，無效確認，乃就本為無效者，宣告其為無效，不得謂為撤消。國法上有時將撤消二字，用於廣義，即無效確認，亦指稱之，然兩者性質不同，有如上所述，在理論上，仍應釐然區別之。

撤消以有溯及效為原則，即自撤消時起，溯及既往，喪失效力，與未有其處分者同。然依情形如何，苟行政官署，以其溯及既往，殊於公益有妨礙者，則得使自撤消時起，向後失其效力。此之場合，另稱停止 (Wiederrufen)。停止其性質亦撤消一種，茲可合併論之。

(二) 撤消之原因

行政處分，有何等原因，乃得撤消，法無規定，亦須依法理以論定之。如前所述，得爲撤消之原因，原則上包括足使處分無效以外之一切瑕疵。而處分有此類瑕疵時，以其不合於法之要求，在理論上不有完全效力，而得撤消之。茲依前列各種成立要件之欠缺，分述得爲撤消之場合如左：

(甲)意思欠缺之處分，以得撤消爲原則。凡官署官吏，處於心神喪失或精神錯亂之狀態，所爲之行政處分，因其完全欠缺正常之處分意思，不宜附以法律效果，固屬當然無效。然因錯誤，詐欺或脅迫，所爲之處分，雖其處分非出於真意，而該處分官署，仍不失有處分能力。故有此類瑕疵處分，僅得撤消，而非當然無效。例如誤認有完全設備而爲某種營業許可；或依據不實陳述，而爲公企業特許，收受賄賂，而爲處分決定；及受利刃威脅，而爲署名蓋章，凡此等等，皆不過得爲撤消而已。但處分內容之誤記，未必使其處分爲可撤消，如僅謄寫遺漏，或印刷謬誤，其程度猶非不能合理解釋之者，則可依其真意，發生效力。若於發見錯誤後，而重爲訂正者，其錯誤訂正，亦非處分撤消。因此時其同一處分之效力，固猶未受若何之影響也。真正意義之錯誤，要以意思表示本身之錯誤屬之。如因分數計算錯誤，以考試不合格者爲合格，而決定發表；本欲對甲免職，對乙停職，誤而對乙免職，對甲停職，此等場合，始爲真正錯誤，而得撤消之耳。

(乙)單純違法之處分，僅爲可以撤消。茲之所謂違法，專指行政官署，就權限內事項，所爲法規之違反而言，與前述之越權或違反法禁，均有區別。行政官署，就權限外事項，或於職權外所爲之處分，卽所謂越權處分，根本不能

以國家行爲而有效；違反法禁處分，亦以不能發生拘束力，而不成立。前既言之。而行政官署，於權限內所爲單純違反法規之處分，則非根本不能成立。因行政官署，於權限內爲法規之適用，有解釋權，縱或解釋適用，難免不有失當，然猶不失分內措置，不妨視爲國家行爲而有效。如不應許可情形而爲許可，其處分僅爲可得撤消，而非當然無效。又茲所謂違反法規，專指違反制定法，就中拘束一般行政客體之法規而言。蓋唯違反拘束行政客體之法規，其處分始對行政客體爲有影響，而有撤消之必要。如僅違反內部法規，於受處分人，無何關係者，殊非此之所謂違法。至若違反內部法規，同時違反外部法規場合，其處分固屬法規違反，然其處分撤消，終非以違反內部法規之故耳。

(丙)行政處分，違反公益，亦同爲可撤消。違反公益處分，通常即稱不當處分，首以任於官署自由裁量場合，於裁量上有所錯誤屬之。不當處分，雖屬爲有瑕疵，但不妨使之發生效力，從之，亦僅爲可撤消。

(丁)行政處分，於程序上有所欠缺，而其欠缺，猶不致使其處分爲無效者，亦爲可以撤消。行政處分，欠缺何種程序，乃爲無效，業於前述。除此類足使處分無效之欠缺外，因其欠缺而成撤消之原因者，以處分之際，所應經程序之欠缺屬之。如應以公開會議議決，而不將其會議公開，則其議決爲可撤消，而非當然無效。良以此種議決，雖有瑕疵，猶不妨使之發生拘束力也。

(三)撤消之限制

行政處分之撤消，常以有撤消原因之瑕疵爲前提。如有右述撤消原因之一種時，一般皆得將其撤消。惟處分

撤消，係對有效之處分而為，所以使其處分效力歸於消滅，故撤消行為，乃與被撤消處分不同之他一處分，另稱撤消處分。此獨立之撤消處分，與一般行政處分同，亦應合於法規，並適乎公益。蓋有瑕疵之處分，未必盡須撤消，而依實情如何，或以反不撤消，較於法規或社會公益，為適合也。茲述撤消之限制如次：(1)撤消不得違反法規。法規上關於撤消問題，未必卽有規定，或則雖有規定，而僅言得為撤消。凡此場合，其處分應否撤消，祇須考究有無前述各種撤消原因，以決定之。然法規時亦就撤消原因，設有明白規定（參照漁業法第二一條第二二條，鑛業法第四一條），此時則非有其法定原因，不得撤消。如依同一標準，科多數人以義務時，且須對全體一律撤消，不能設以差別。

(2)為人民設定權利或能力之處分，非有法規根據，不得撤消。蓋行政官署，既依許可，免除，特許或認可等處分，為人民設定權利或能力，人民卽有其權利或自由。今若就其創設處分而撤消之，不外重新侵害人民權利，或科人民以義務。而侵害人民權利，或命人民以義務之行為，非屬於公益裁量，若成文法無詳密規定，至少亦須有習慣法上根據。故此等處分之撤消，必須有法規之根據而後可。反之，純為設定義務或限制權利之處分，祇須合乎公益，得隨時撤消之。因此種處分之撤消，不至侵害人民之權利或自由，但於法規無所牴觸，官署自得以自由裁量，而為之也。

(3)撤消處分，須合於公益。行政處分，縱有瑕疵，而既經發生效力，構成新之生活關係，今欲再撤消之，自與社會公益，不無影響。以是，其處分縱使當初違反公益，而現時應否撤消，於公益上，須另加以考慮。如公益上並無特別必要，則寧以尊重既成秩序，不使再生變動，為較得策。故行政處分之撤消，一般須合乎社會公益。卽設定義務處分之撤

消亦然。

(四) 撤消之機關

行政處分之撤消，僅就其處分有無瑕疵，有審查及救濟權限之機關，始得爲之（註一三）。有正當權限機關，爲其審查救濟，或依職權自動而爲，或依他人聲請爲之。因之，處分撤消，亦可分職權撤消與聲請撤消二種。（1）凡該當處分官署及其上級官署，對於有瑕疵處分，常得依其職權撤消，而不待於他人聲請。蓋該當處分官署，既有爲其處分之權能，則其處分有無瑕疵，必有審查救濟之權。故除已不得再撤消者外，當然得爲撤消。至上級官署，對於下級官署，有監督權，下級官署處分之直接撤消，雖非其當然所有之權限，而現行法上因監督權之擴張，類能依職權，而直接撤消之，其詳已於前述，茲不再贅（參照第三章第三節第四款第三項）。（2）其次，聲請撤消，即因異議，訴願或訴訟之提起，所爲之撤消屬之。凡有撤消權之官署，對於異議或訴願之提起，應爲決定。行政法院，對於行政訴訟之提起，應爲審判。但此等機關，對於救濟手段之提起，僅有受理審查之義務，其果撤消與否，仍得獨立決定之。

(五) 撤消之效力

行政處分之撤消，以有溯及效爲原則。蓋行政處分，既有瑕疵，不能合於法之要求，自使其效力，歸於完全消滅，視爲自始所未存在，較於理論爲透澈也。但因撤消結果，於既成之生活關係，必生影響。苟其效果使之溯及既往，視爲自始消滅，殊與社會利益有礙，或於個人利益，有失過苛者，當以僅使自撤消時起，向後失其效力爲較得策。故

依前述撤消必須合於公益之同一理由，對於撤消效力，有時亦須加以限制，或使自撤消時起，向後失其效力，或僅使向後失其效力一部。前者另稱處分停止，後者另稱基於瑕疵之處分變更。此之處分停止與基於瑕疵之處分變更，概以其處分附有瑕疵為前提，與後述之處分廢止與基於情形變更之處分變更不同，自無待論。

處分撤消，其有溯及效之場合，該當處分效果，雖得視為自始所未存在，而未撤消前業經發生之事實，將受若何之影響，為另一問題。例如租稅科賦之撤消，其科賦效果之納稅義務，雖得視為自始所未存在，營業許可之撤消，其許可效果之營業權能，雖得視為自始所未存在，而曩時有納稅義務時所為之金錢繳納，或有營業權能時所為之營業行為，則受他種法則之支配。蓋此時其金錢繳納，應以無原因之給付而為返還，乃基於他一法則，所生之效果，而非課賦撤消之效果（註一四）；又此時其營業行為，若以有違法之內容而無效，則係本於私法所生之效果，而非許可撤消之效果也。

第七目 行政處分之廢止及消滅

行政處分之廢止。即依官署行為，使無瑕疵之處分，向後失其效力之謂也。處分之廢止，與撤消不同，僅以情形變更，其處分已不適合於公益時為之。蓋無瑕疵之處分，不能無理由而使之消滅，自無待論。然行政處分，常須合於公益，曩時本為實現公益而為之處分，因若情形變更，致與公益分馳，則不容不為特別處理。若其存在，竟與公益全相背謬，不能使之兩立者，當另以新之行為，使該處分，向後失其效力為必要也（鑛業法第四條，漁業法第二二條）。

此項處分廢止，亦爲國家之單方行爲，另稱廢止處分。廢止處分所有限制，及爲其處分之機關，與前述之撤消同，茲不復述。廢止之效力，不得溯及既往，凡前此因原處分所生之事實，不受若何影響。又廢止亦得將原處分之效力，僅消滅其一部。此之場合，另稱基於情形變更之處分變更，亦既前述。

行政處分之消滅，即行政處分，對其所定之具體事實，已休止不發生效力之謂也。行政處分，因內在的及外來的原因而消滅。(1)所謂外來的原因，即使其處分消滅之他之國家行爲是。行政處分，因撤消或廢止，而自始或向後失其效力，已如右述。此外，又因新法令之制定，而直接失其效力，亦無待贅。(2)所謂內在的原因，即其所定之具體的事實既消滅，或其所定之效果既終了是。前者即具體的事實，已確定不發生之謂。如對特定集會所爲之處分，因其集會解散，而當然消滅；車體檢查之處分，因車體之滅失，而同時消滅是。後者即其處分所定之效果，已發生終了之謂。如命爲特定行爲之處分，因其義務之履行，而當然消滅；有相對人之處分，除如營業許可等，得由其繼承人繼承外，因相對人之死亡，而同時消滅是。

第三項 準行政行爲

準行政行爲，或稱表明行爲，乃行政主體，就具體事實，爲觀念表示，而直接依法律，發生效果者之謂也。表明行爲，僅以觀念表示爲要素，其發生若何效果，爲法律所一定，與行政處分，常有效果意思，存在其中，且常依其意思，而發生效果者不同，迭如前述。表明行爲，亦有多種，茲大別爲通知行爲，證明行爲，及受理行爲，分述如次：

(一) 通知行爲

通知行爲 (Mitteilung)，乃對特定人或不特定人，使之知悉某事項，所爲之表明行爲也。通知或自成獨立行爲，或僅爲他種行爲一部。如法令之公布，及行政處分之告知等，皆不過爲完成他種行爲之效力，所必要之程序，而非獨立之行爲。獨立行爲之通知，另有多種。依其所通知之事項不同，可以分述如次：(1) 既成事實或行爲之通知，如收用地收用之通知，及保安林編入之告示等屬之。(2) 未來應爲或得爲一定行爲之通知，如執行罰或代執行之豫告，租稅延納之督促，及考試日期之告示等屬之。(3) 意見之通知，如意見書或建議案之提出屬之。(4) 判斷之通知，如獎狀之授與屬之。凡通知行爲，於受通知人，發生如何地位，概於具體場合，爲法規所一定。至於不能發生若何法律效果之通知作用，則爲單純之事實動作，而非此之通知，自無待贅。

(二) 證明行爲

證明行爲，或稱公證 (Beurkundung)，乃以證明特定事項，真實存在之目的，所爲之表明行爲也。公證亦有獨立行爲與附隨行爲之別。如營業許可之執照，醫生開業之證狀，律師執務之證書，度量衡檢定之檢印等，皆爲他種行爲一部之公證，而非獨立之行爲。獨立行爲之證明，或稱狹義之公證，專爲獨立之目的爲之。依其形式不同，亦有二種之別。(1) 公簿登錄 (Eintragung)，如戶籍登記，商業登記，法人登記，土地登記，特許登記，商標註冊，夫婦財產契約之登記，及會議之記錄等屬之。(2) 證件交付 (Bescheinigung)，如國立學校之畢業證書，納稅收據，及

護照之發給等屬之。要之，公證所證明之事項，不外一定之法律事實或法律關係。其法律事實或法律關係，經公證行爲，證明真實之後，不過取得公之證據力，即公證力而已。除法律特有規定外，其證明原則上，得以反證而推翻之。故公證與確認不同。確認行爲，有拘束國家人民之效果意思，包含在內，不問內容正確與否，皆能發生效力。公證則以該當事項，確係真實爲限，始有效力。因公證行爲所生之證據力，在法律上發生若何效果，亦於各個場合，爲法律所一定。如土地登記，爲土地物權得喪之要件。特許登錄或商標註冊，亦其權利取得之要件，而夫婦財產契約之登記，則不過有對抗第三人之效力。

(三) 受理行爲

受理行爲 (Entgegennahme) 乃對他人之心理表示，或物品給付之受領，所爲之表明行爲也。如依口頭或書面，而爲之呈報，呈請，聲請，請願，訴願，或訴訟之受理，及金錢給付之受領等，皆屬其例。受理行爲，亦直接依法律而發生效果。如因呈請或聲請之受理，行政主體，乃有審查其內容，以決定許可或特許與否之義務，因訴願或訴訟之受理，有爲其決定或判決之義務。因呈報或金錢給付之受領，行政客體，乃完成其特定之法律地位。

右述三種表明行爲，其成立要件，與有瑕疵時之效力如何，亦宜另加研究。惟前述關於行政處分效力之法理，除性質上完全不相容者外，得類推適用，茲不復贅。

第二款 雙方行爲及合同行爲

第一 雙方行爲

行政上之雙方行爲，或稱行政契約，即於行政法關係中，雙方當事人，彼此爲達不同之目的，互爲意思表示，因其一致而成立之行爲，業已前述。惟公法上契約之觀念，究能承認與否，學界猶有異議。或以公法關係，爲權力關係，與契約關係，必存在於地位對等之當事人間者，根本不能相容。但公法關係，未必盡爲權力關係，亦有對等關係，前既言之。則以契約爲對等關係中行爲之理由，而絕對否認公法上契約之觀念，寧非不當之論？故行政契約之觀念，理論上並非不能承認。祇實際上，於若何場合，有行政契約之存在，制定法中規定甚少，除依制定法之解釋外，尙須就當事人之特定意思表示，具體觀察，以決定之耳。茲以當事人爲標準，將行政契約分爲三類，各就其存在範圍，而檢討之（註一五）。

（一）行政客體相互間之契約

行政客體即人民相互間之契約，在公法關係中，雖非不能存在，而除法律所認許外，私人不得任意爲之。蓋公法原則上爲強行法，公法關係，除法律特別認許外，非私人所能任意設定也。現行法上，私人相互間之行政契約，僅以土地徵收，未由徵收委員會議定前，與辦事業人與土地所有人及關係人之協議屬之（土地徵收法第十六條）。

（二）行政主體相互間之契約

行政主體相互間之契約，即國家與自治團體間，及自治團體相互間之行政契約。此類契約，除法律有明白限

制外，行政主體，得依公益判斷爲之。以行政主體相互間之法律關係，以得由其任意設定爲原則也。

(三) 行政主體與客體間之契約

行政主體與客體間之契約，即國家與人民間之契約，爲行政契約中最重要部分，歷來所有關於公法契約之議論，大都集中於此。但行政主體與其客體，能以契約設定法律關係，固無疑義。且其間之行政契約，除法律積極認許外，苟非違反法禁，即就一般事項，亦得爲之。其一般得爲之場合，約有次之二種：(1) 限制締約人自由之場合，於此場合，苟不違反法規，儘得締結行政契約。蓋如前所述，人民之自由或財產，非依法律或得其承認，不得限制或侵害之。故欲限制其財產自由，第一須有法規根據，如非有法規上根據，則須得其同意爲之。以故以合意成立之契約，限制個人之自由，於法並不妥。但行政契約，終不得違反現有之法規，蓋否則有背法律平等之原則矣。此類行政契約，以所謂服從之契約屬之。(2) 非限制締約人自由之場合，於此場合，苟不違反法規，尤無不可締結。蓋此際設定法律關係，本不必有法規上根據，亦不必待於締約人之承認，於某範圍，即以國家單獨處分，亦得爲之。今以行政契約，另加設定，於法自無不可。祇此際亦不得違反現有法規，如法律對於人民一般所科之義務，不得以行政契約，而免除之；一般所不認有之權利，不得以契約而設定之耳。此類行政契約，多與公企業之特許，或公物占用權之特許，同時爲之。特許原爲行政處分，而非契約，但與處分同時，得另爲契約，設定特定之法律關係。

行政契約，所以規定公法上關係，當事人違反契約上義務時，不能以民事訴訟之手段，請求救濟。其救濟除依

訴願或訴訟外，應向有監督權之官署，請其以監督作用爲之。但因契約解除之結果，有金錢返還請求權發生時，則其權利行使，屬於私法上關係，得爲民事訴訟之標的。

第二 合同行爲

合同行爲，或稱行政協定，乃行政法關係中，多數當事人，爲達共同目的，各爲意思表示，依其結合而成立之行爲，已如前述。此種行爲，以當事人爲標準，亦可分爲行政主體相互間之合同行爲，行政客體相互間之合同行爲，及行政主體與其客體間之合同行爲各種。但合同行爲，僅於法律認許場合，始得爲之。就中行政主體與其客體間之合同行爲，現行法中猶無其例，實際並不存在。至行政主體相互間之合同行爲，爲現行所認有者，以鄉鎮聯合之訂立（鄉鎮自治施行法第六條。）商會聯合會之發起設立（商會法第三六條。）漁會聯合會之發起設立（漁會法第二二條）等屬之。行政客體相互間之合同行爲，現行法上，以市縣參議員之選舉，及其他自治職員之選舉屬之（註一六）。

第一項 行政上之強制執行

第一目 概說

行政上之強制執行（Verwaltungszwangsvollstreckung saisie-exécution administrative, administrative compulsory）或稱行政執行（Verwaltungsexekution）即行政客體，不履行行政法上義務時，以強制的

手段，使其履行，或實現與已履行同一狀態之謂也。強制執行，為國家之行政行為，且為廣義的行政處分一種，業見前述。凡人民對於國家所負義務，於其不履行時，皆得以實力而強制之。其義務或直接依法令而生，或本於法令之行政處分而生。前之場合，不須另以處分，科以義務，於其不履行法令上之義務時，即得實行強制。後之場合，須以行政處分，科以義務，於其不履行時，始得強制之。

國家依法規或處分，科人民以義務，於其不履行時，本得當然強制執行，而不待乎法規規定。因國家既有權力，單方科人民以義務，自得將其義務之內容，而實現之也。但一義務之內容，每非直接所能實現，欲以各種強制方法，而執行之，勢非科人民以新之義務不可。而依法治主義之原則，國家若依權力，科人民以義務時，皆須有法規上根據，否則不得任意為之。故國家為此實際上之必要，又有特別之執行法規制定，以為強制執行之根據，並其權力行使之界限。

我國現有之強制執行法規，以行政執行法，及各種強制徵收之規定屬之。一般而言，作為及不作為義務之強制（*execution ad faciendum vel omittendum*），須依前者規定；給付義務之強制（*execution solvendum*），須依後者規定。茲依所強制之義務不同，分述各種強制手段如次。

第二目 行為及不行為義務之強制

依行政執行法規，普通之強制執行，分間接強制與直接強制，而間接強制處分，又分代執行與執行罰二種

(行政執行法第一條第二條)

(一)代執行

代執行 (Zwangsvornahme) 者，乃他人得代爲之作爲義務，不履行時，由行政官署代爲其行爲，或使第三人代爲之，而向義務人，徵收所需費用之謂也。得爲代執行之義務，須爲作爲義務，且使他人爲之，亦可達到同一目的。至無代替性作爲義務及不作爲義務，不得以此種方法，而爲強制，自無待論。就中如拆毀違法建物，除去妨害交通物件等，僅所以變更外界之物質狀態者，最宜適用此種方法。而命爲報告，簽告，或受身體查檢等義務，則根本不能適用之。

代執行之程序，其第一步，須對義務人，預爲告戒 (Drohung)。告戒方法，即決定一定期限，以書面告知義務人，若於期限內不履行其義務，則將爲代執行。告戒得與命爲一定義務之處分同時爲之，或於其處分後，另告知之。告戒之性質，非命以義務之下命，而爲使義務人知悉，將爲代執行之通知，所不待贅。但此僅就原則而言，如行政官署，認爲有緊急情形時，得不經此程序，而即時執行之。此之場合，另稱即時代執行 (同法第二條第二項及第一項)。總之，告戒中所定期限已經過，義務人仍未履行其義務，或因有緊急情形，不及告戒，而逕爲執行，行政官署，得自爲義務人所應爲之行爲，或使他人代爲之。是爲代執行程序中最主要部分。前之場合，其代執行，不外由官署自身，或使其屬吏爲之。後之場合，則於官署監督之下，僱用私人，或使私人承攬爲之。爲代執行之際，義務人對於官署或第

三人之行爲，有忍受義務，如違反其義務而抵抗時，官署得以實力強其忍受。

既爲代執行後，官署乃得向義務人，徵收所需之一切費用，凡夫役工資，材料代價，及對於第三人之補償等，皆得計算在內。其總數額，由官署決定，而命義務人納付之。此項費用之納付，爲依法所科之新義務，若義務人不肯完納時，得依金錢給付義務之執行方法，而強制徵收之（同法第三條。）

（二）執行罰

執行罰或稱強制罰（*Exekutivstrafe, Zwangsstrafe*），乃他人不得代爲之作爲義務或不作爲義務，不履行時，爲強制其履行計，對義務人所科之處罰也。得以執行罰而強制之義務，以無代替性之作爲義務及不作爲義務屬之（同法第四條。）至官署或他人得代爲之作爲義務，須常依代執行之方法強制，不得科執行罰。蓋行政執行之目的，僅在取得義務履行之結果，不在義務人之處罰。且處罰方法，雖足威脅義務人，使之心存畏怖，而願爲義務履行，但其結果不見確實，固未必常能達其目的也。惟無代替性之義務，他人無法可以代行，除有緊急之情形外（同法第一條，）須先依此種方法，而強制之耳。所謂無代替性之作爲義務，如命有傳染病之嫌疑人，受健康診斷之義務，及應官署傳喚，親自到署之義務屬之。至不作爲義務，則不問若何種類，當得以執行罰而強制之。因不作爲義務，既非他人所得代爲，除緊急情形外，自以此方法強制，爲最適當也。

科執行罰之程序，亦須對義務人，預爲告戒。即決定一定期限，以書面告知義務人，若於期限內不履行其義務

時，則將科以罰鍰。其告戒得與命以一定義務之處分同時爲之，或於其處分後，另通告之，與代執行之場合同。但執行罰之告戒，爲必經程序，不問何種理由，皆不得省略之（同法第二條第二款）。至告戒中得指定之罰鍰數額，依官署而不同：（1）中央各部會，爲三十元以下；（2）省政府及各廳，直隸於行政院之市政府及各局，中央各部會直屬之行政官署，爲二十元以下；（3）縣市政府，省政府及其各廳直屬之行政官署，爲十元以下；（4）其他行政官署，爲五元以下（同法第五條）。

義務人接到告戒後，若在指示期內，仍不履行其作爲，或不休止所禁止之作爲時，官署得於告戒所定之數額內，決定罰款，而告知於義務人。若義務人不肯完納其罰款時，亦得依金錢強制徵收之例，而徵收之。惟執行罰，以強制義務人之義務履行爲目的，於一度科罰之後，猶未達到目的，得爲返復科罰，以至義務履行而後止。所謂一事不再理之原則，於此不能適用。惟以後每次科罰，須採取同一程序，不得數次連接告戒，單以最後一次，合計各次所告戒之金額，命其繳納。

執行罰單以強制義務之履行爲目的，是否應爲科罰，儘得依具體情形，而自由裁定之。如對特定義務之不履行，法規另有科罰或制裁規定時，爲達執行目的計，固亦不妨將其特定處罰，與執行罰同時並科。但其特定科罰，已足發生同一之結果時，其義務雖未履行，殊以不同時科執行罰，爲較適當。至應強制執行之標的，已消滅時，則已不能科執行罰。如告戒所定期限經過後，現實處罰未通知前，義務人竟已履行其義務，或義務履行，已屬不可能時，則

其執行標的，既歸消滅，自無再執行之必要矣。

至執行罰與刑罰，是否可以並科，學界議論紛歧，莫衷一是（註一七）。或以得科執行罰之場合，僅以其行為或不行為，未為刑法所禁止者屬之。但我國現行法中，無此明文，此說並無特別依據。他面執行罰與刑罰，各異其目的與所根據之法規，兩者殊無不能並科之理。蓋刑罰雖為刑事法所規定，而執行罰亦有特定法規，固不能謂行政機關科執行罰之際，不得就刑法既規定之事項，重為處罰。而刑罰以犯罪行為之處罰為目的，執行罰以強制義務之履行為目的，固亦不能因刑法中有其處罰規定，遂謂對於義務不履行之處罰，乃以刑法中所定，為其最高之限度也。惟如前所述，執行罰科處與否，儘有裁量自由。如行政官署，認為單處刑罰已足，而不須另科執行罰者，自得不得科之耳（註一八）。

（三）直接強制

直接強制（*Unmittelbarer Zwang*）者，乃以他種強制手段，不能達到目的，或有緊急情形時，對義務人身體或財物，加以實力，使之直接實現所命狀態之謂也。直接強制，為實力強制一種，與警察上之即時強制（*polizeilicher sofortigen Zwang*）相似而實不同。警察上之即時強制，非所以強制既成義務之履行，乃直接因警察上之必要，以實力侵害人民之自由財產。反之，直接強制，為強制執行手段一種，常以義務之成立與不復行為要件。故兩者雖同稱為強制，而實異其種類（註一九）。

直接強制，以實力加諸義務人之身體或財物，所以直接實現所命義務之內容。既非如執行罰，藉告戒與科罰，對義務人，加以心理上之壓迫，以收間接強制之效；亦非如代執行，由官署或第三人，代為義務上之行爲，而向義務人徵收其所需之費用。要之，直接強制非如他種執行手段，使其義務變形；不過就其義務內容，於原有狀態，而實現之。故直接強制執行，得施實力強制之該管機關，皆得依職權當然爲之，而不待乎法規根據。然此種執行手段，近於慘酷，理宜加以限制。行政執行法中，設有特別規定，意即在此。

依該法規定，凡行爲或不行爲義務，非認爲不能行間接強制，或認爲有緊急情形時，不得爲直接強制（同法第十一條。）故得爲直接強制之場合，不外（1）以代執行或執行罰，不能達到目的。如他人得代爲之作爲義務，應先爲代執行，而不得爲直接強制。祇此種義務，有時亦非代執行，所能達其目的，例如代執行所需之夫役，不能覓得，或義務人無資力，不能納付代執行之費用時，乃非以直接強制，使義務人自爲不可。至無代替性之作爲義務及不作爲義務，性質上雖非不宜直接強制，而通常得以執行罰而強制之。祇義務人無資力，不能納付執行罰之金額；或返復科罰，仍不能達到目的時，始可爲直接強制耳。（2）有緊急情形。上述之間接強制方法，除代執行可爲即時代執行外，若執行罰，必須經過告戒與科罰，程序迂緩，不適機宜處置。故本應以執行罰而強制之場合，如遇緊急情形，仍得以直接強制而執行之。

直接強制之方法，即以實力加諸義務人之身體或財物爲之。就中以無代替性之作爲義務及不作爲義務，較

宜適用此法。如對違法營業，強制封鎖，並遮斷其顧客之出入；對於不應傳喚之人，以實力拘引到署；對於不肯服從解散命令之集會，以實力強制其解散等，皆屬其例。至有代替性作為義務，採取此法，而為強制，其例甚少。但亦不無適用，如於洪水泛濫之際，警察機關，得命附近居民，從事防水工作；或於火災發生之際，因消防力不足，得命近傍之人，從事救火工作。此等場合，有警察上援助義務之人，而不肯遵行其義務時，即得以實力壓迫，而直接強制之。凡既施行實力強制，義務人有忍受義務，不得與之違抗，否則仍得以實力而制止之。但直接強制時，使用實力，僅於實現義務履行之狀態，所必要之範圍內，得使用之，固不得將義務人之身體，加以傷害。又直接強制所需之費用，亦不得向義務人徵收之。

第三目 給付義務之強制

給付義務之強制，或稱強制徵收，乃財產上給付義務，不履行時，所為之強制執行。其執行與一般強制執行同，若所執行義務之內容，得就原形而實現者，亦不待乎法規根據，而得當然為之。但其內容，亦未必簡單即能實現，每須科以他種義務，始克有濟。故財產上給付義務之強制，亦須有法規以規定之。關於此，現行法中，猶無一般規定，僅於或種稅法及其他法令中，偶有極簡之特別規定而已。

(一) 金錢給付義務之強制

金錢給付之義務，即納稅義務，各種罰款，及各種費用納付之義務屬之。關於此種義務之強制執行，現行法中

規定極不完備，祇學說上向有所謂國稅延納處分，及習慣上有所謂封產，備抵（註二〇）等方法而已。約言之，其執行程序，殆與民事中金錢債權之強制執行相似，即對義務人先以書而督促，令其於一定期限內，履行義務。如期限內不履行時，然後查封或扣押其財產，付諸拍賣，而以其賣得之價金，及所扣押之現金，或向第三債務人取回之金額，充諸督促費，延納處分費，逾期利息，及原有義務上應納付之金額。但此項執行方法，恆與義務人之自由財產，以極大之侵害，立法上速宜明文規定，並限制之。

（二）物品給付義務之強制

關於特定物品給付義務之強制，現行法中，亦極少規定。凡其義務內容，得於原形而實現之場合，如將所徵收之物品，得直接收去或使用者，固不須法規根據，得為直接強制。但以他種方法而為強制時，仍須法規以明定之。

第二項 行政上之處罰

行政上之處罰，簡稱為行政罰（*Verwaltungsstrafe*）或秩序罰（*Ordnungsstrafe*），即對義務人，就行政上義務之違反，所科之處罰也。行政罰與執行罰及刑罰，在某點上相似，而各有所不同。第一，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。後者為對侵害社會法益行為，所科之處罰，以罰犯罪；後者為對行政上義務違反行為，所科之處罰，以罰行政犯或秩序犯（註二一）。其次，行政罰與執行罰，兩者雖同為對於行政上義務違反行為之處罰，而前者以義務違反之制裁為目的，後者不以制裁為目的，而不過為強制義務履行之手段，既

如前述。

行政上義務違反之處罰，有存於特別權力關係中者，與存於一般統治關係中者之別。前者另稱為懲戒罰，即對服於特別權力之人，就其特別義務之違反，所科之處罰，如對於官吏、士兵、囚徒及學生之懲戒罰屬之。後者為狹義之行政罰，通常所稱，即係指此。依所違反之義務不同，計有警察罰、財政罰及軍政罰等各種。(1)警察罰即就警察上義務之違反，所科之處罰，如對游蕩無賴、行跡不檢或奇裝異服、有礙風化者，所科之拘留或罰金(違警罰法第四三條第一款第四五條第四款)即屬其例。(2)財政罰即對財政上義務之違反，所科之處罰，如對應貼印花之各件不貼印花，或捲烟稅漏稅，所科之罰金屬之(印花稅法第十八條、捲烟漏稅處罰章程)。(3)軍政罰乃就軍政上義務之違反，所課之處罰，如對兵役逃避，所科之處罰屬之。此外，在保育行政區域中，因特定義務之違反，所科之處罰，亦不乏其例。

狹義之行政罰，為行政主體，對於一般客體之處罰，除國家外，自治團體亦得科之。惟行政罰為處罰一種，其科罰必須有法規上根據，原則須依法律為之(約法第八條)；否則至少須有依法律發布之規章上根據而後可(註三二)。此種法規，另稱為行政罰法，或行政罰則，其規定或自成獨立法典，或散見於各種法規中。其科罰手段，亦即為各種法規所一定，通常有拘留、罰金，及從罰之沒收、停止營業等各種(註三三)。就中罰金一種，為與刑罰中之罰金區別起見，另以罰鍰稱之。但立法上未能視為定例，間在同一法典，以罰鍰與罰金相並用之。

依行政執行法及其他省市縣單行章程，科處罰金罰鍰者，祇得就其財產強制執行，若無明文規定，不得易科拘留。（參照司法院解釋院字第一〇二九號解釋）

（註一）通說以精神的行為以外之行為，概為事實的行為。惟精神的行為，能直接發生法律效果，事實的行為，乃為事件，不能直接影響於權義之得喪。然行政作用中之事實行為，如直接強制等，能直接左右權義之得喪者，固亦有之。茲為便於區別起見，將不生法律效果之事實行為，依法文所謂 *Simple operations administratives* 之例，另稱單純之事實的動作，或單純的動作，而發生法律效果之其他的事實行為，仍稱事實的行為，或事實行為。

（註二）Duguit, *Les transformations du droit public*, chap. v.

（註三）Merkel, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, S. 174.

（註四）W, Jellinek, *Verwaltungsrecht*, S. 234.

（註五）織田萬著，行政法講義，下冊，六二面；美濃部達吉著，行政法撮要，上卷，第一章第四節。

（註六）Kormann, *System der rechtsgeschaeftlichen Staatsakt 1910*; Adersen, *Unguelige Verwaltungsakt, 1927*.

（註七）舊時學界，曾將法規解為規律國家與一般人民間之法律規範，因將抽象的行政行為，即行政命令，別為法規命令（*Rechtsordnung*）與行政規則（*Verwaltungsordnung*）。以法規命令，為有關國家人民間權利義務之規定，有拘束一般人民之效力，而得為行政法之法源。而行政規則，如處務規程及辦事細則等，僅為行政機關內部關係之規定，其效力但能及於內部，不得直接及於人民，非有法規性質，不得為行政法之法源。但法規為國家社會生活之準則，就國家生活關係而論，無論在一般統治關係或特別權力關係中，均有存在。而行政法原亦有所謂內部行政法與外部行政法之區別。如處務規程等，縱於人民直接無何關係，而行政機關之內部生活關係，固得以規律之。故行政命令中之行政規章與行政規程，雖應加以區別，而終不宜斷定孰為法規孰非法規也。

(註八)我國政府機關所發之法規命令，略依等級及內容，有條例、章程、規則及細則等之區別，茲以規章二字，概括稱之。

(註九)各省市制定關於限制人民自由，增加人民負擔之規章，尚應經過一定程序。即省政府爲其制定時，應先呈由行政院，依其性質，分令各主管部會審議，呈復核辦示遵，並報國民政府備案。其應經立法程序者，應先咨送立法院審議，否則不能有效成立。市政府於正式市參議會未成立以前，其制定亦然。(參照劃一各省市政府單行法規實施程序辦法)。

(註一〇)參照司法院字第三七二號及第六四二號解釋。

(註一一) Beetschen, Die materielle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen, 1925; R, Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927.

(註一二) Kormann, a. a. O.S 203f; W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908; Jéze, Verwaltungrecht der franz. Republik. S. 451f; Versuch einer Lehre von den Rechtsfolgen fehlerhafter Rechtsgeschäfte; Aleindor, Der différentes espèce de nullités des actes administratifs, 1912.

(註一三)行政處分，普通法院不得撤銷或變更(最高法院二十一年上字第一四九號判決)。

(註一四) Glaessing, Das Recht der Rueckforderung in Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts, Hirth Annalen des deutschen Reiches, 1896.

(註一五) Lauer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, 1916; Apelt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920; Jéze, Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des Communes et des établissements publics, 1927; O. Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, archOEFRR.3(1887) S. 1ff.

(註一六) Kuntze, Der Gesamtkakt, Festg. f.

(註一七)阿督梅也、劉甯、美克爾、美濃部及織田等，採消極說，弗來納、清水、佐佐木、及野村等多數學者，採積極說。日本內務省之議決亦然。

(註一八)執行罰與刑罰不同。約在如下四點：(1)前者爲行政處分，科罰與否，有裁量之自由，因之所告戒之處罰，得全然不科，或僅科其較輕之一部，而刑罰則否。(2)以執行罰強制之標的消滅時，已不得再科之，而刑罰亦否。(3)執行罰不適用一事不再理之原則。而刑罰又否，(4)最根本之差異，尤在兩者目的不同。

(註一九)行政執行法第六條至十條所稱之直接強制，非真正之直接強制，而爲警察上之即時強制，其稱直接強制，乃因誤襲外國法例所致，殆甚明顯。蓋(1)真正之直接強制，常以義務之成立與不履行為前提，而第六條至第十條所定之強制則否。(2)真正之直接強制，其使用實力之方法，並無限制，得由官署適宜定之。而第六條就其方法，限定僅爲三種。(3)第七條至第十條所定「非有左列情形之一者，不得爲之」，與第十一條正面衝突。(4)將第六條至第十六條之似是而非之直接強制，規定在第五條即關於間接強制之末了一條，與第十條即規定真正的直接強制一條之間，位置亦覺不妥。總之，此項即時強制，非普通行政上強制執行之手段，不應混稱直接強制，而其規定仍以位置於真正的直接強制之後，始爲合理。立法上宜改正之。

(註二〇)參照限制田畝加賦辦法令，其二，附辦法第四條。

(註二一)但謂行政犯爲對行政上義務之違反行爲，刑事犯爲社會法益之侵害行爲，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，則宜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。

(註二二)行政法院二三年四月第九號判決。

(註二三)此等處罰，除特有規定外，不適用刑法總則之規定。

第五章 行政救濟

第一節 概說

行政救濟 (Verwaltungshilfe, remède administratif, administrative remedy.) 云者，乃行政關係中，人民之權利或利益，因行政上不法處分，受損害時，請求國家救濟。國家乃爲一定處置之謂也。行政作用，首須合乎法規，而於法規範圍之內，又須合於公益，既如前述。故行政機關行使權限，常須準據法規，法規不能詳密，亦須自加判斷，以自認爲最適當者而實行之。然構成機關之人，仍爲普通個人，人非全智，孰能無過？以故行政處分，有時不免違反法規，或至少妨礙公益。而自對於人民之關係言之，其不違法或不當處分，每致直接損害人民之權利或利益。故國家爲保護人民之利益計，乃於其權利或利益受損害時，與以請求救濟之方法。其救濟方法，卽由被害人提起行政爭訟，請求有權限之國家機關，以合法程序，而裁決之。然行政救濟，與爭議裁決，請願，及行政監督，均各不同，茲先比較分述如左：

第一，行政救濟，係於個人權利或利益，因行政上不法處分，受損害時，請求國家，爲之救濟。其請求常以個人之

權利或利益，受不法處分之侵害爲前提。在此點上，行政救濟，實與爭議裁決不同。蓋爭議裁決，乃行政關係中，兩當事人，因利害衝突，相爭執時，請求行政機關，爲之裁決。如鄉鎮區域或境界有爭議時，呈請縣政府爲之決定（鄉鎮自治施行法第五條）或漁業人間，關於漁場之區域，或漁業權與入漁權之範圍等有爭執時，呈請該管行政官署，爲其裁定（漁業法第三二條）是。此之場合，當事人爲呈請時，行政官署，雖必須爲其裁決，而行政主體，常處於第三人地位，與爭議案件，無何關係；且其裁決，爲一種新之行政處分，而非對於原有行政處分之覆審。故爭議裁決，與對原有不法處分，請國家之救濟者有別。

其次，行政救濟，凡被害人爲救濟之呈請時，國家必須爲一定之處置。在此點上，行政救濟，與請願之僅對國家表示一種希望者不同。蓋依國法規定，本國人民對國家有請願權（約法第二〇條）得請求國家爲一定之行爲或不行爲。但請願不過希望國家，爲之考慮，國家對於請願，僅以受領審查爲已足，固不必如其所請，爲一定之處置也。

最後，行政救濟，與行政監督中之事後監督，雖同係對於行政上不法行爲，爲一定處置，謀所以矯正於既爲之後，而前者以直接保護個人之權利或利益爲目的，且非待被害人之聲請，不得爲之，後者原則上以直接保持行政本身之利益爲目的，得依上級機關之職權，當然爲之，不待何人聲請。

我國現行法中，所認有之行政救濟手段，計聲明異議（註一），訴願，行政訴訟，及民事訴訟（註二），等各種，其中

尤以訴願與行政訴訟，爲最重要。

第二節 訴願

第一款 訴願之觀念

訴願 (Beschwerde, Rekurs, förmliche Beschwerde, Demande, Demand) 云者，人民因違法或不當之行政處分，致其權利或利益，受損害時，請求原處分機關之上級官署，以行政上程序，審查該當處分，並爲一定決定之謂也。析言之如左：

(一) 訴願者，對於違法或不當之處分，所提起者也。

所謂違法處分，即違反法規之處分，不當處分，則不合公益之處分。訴願對於違法或不當處分，皆得提起。在此點上，訴願與行政訴訟不同。行政訴訟，爲爭訟行政處分違法與否之手段，僅就違法處分，乃得提起。蓋行政訴訟，屬於行政法院審判，而行政法院之獨立審判機關，僅適關於法規適用之監督，而不適於公益裁量之監督。反之，訴願常屬於有監督權官署決定，監督官署，對於下級官署處分之適合公益與否，當然屬其監督，故除違法處分外，對於不當處分，亦得受理之也。又茲所謂行政處分，乃指最廣義之單方行爲而言，不論其性質爲精神的行爲，或事實的行爲，乃至單純的動作，皆得包括在內。

(二) 訴願者，係由權利或利益受損害人提起之。

行政訴願，凡其權利或利益，因不法之行政處分，致受損害之人，皆得提起。所謂利益，除制定法或習慣法外，單為理法所保障之生活上利益，亦屬在內。如公園附近之土地所有人，向得經其公園，而為出入，一旦若受行政處分，禁止不許通行，即為生活上利益之損害，而成提起訴願之原因。在此一點上，訴願亦與行政訴訟不同。因行政訴訟，僅於權利受損害時，始得提起，而單純利益之損害，則不得提起之也（參照行政訴訟法第一條）。又訴願之提起，不以該當違法或不當處分之相對人，即受處分人為限，即第三人因其處分，致權利或利益受損害者，亦得提起之。尤其對於他人之處分，第三人之利益，最易遭受侵害。故關於利益損害之訴願，於第三人，尤有效用。

（三）訴願係對原處分機關之上級官署提起之。

訴願常屬於行政機關受理，且常對於原處分機關之上級官署提起之。在此點上，訴願亦與行政訴訟不同。行政訴訟，通常屬於特設法院審判。我國現制，亦於司法院內，設有獨立之行政法院。且祇以出訴於行政法院者為限，稱為行政訴訟。至於他種爭訟，則不屬行政法院管轄，而逕由行政機關受理之。決定訴願之機關，常為原處分機關之上級官署，此之一點，訴願與聲明異議有別，既於前述。

（四）訴願係對受理訴願官署，請求以行政上程序，審查該當處分。

訴願以行政上程序審查為原則，祇能請求受理訴願官署，為書面上之審理。雖受訴官署，有時亦為言詞審問，但屬於該官署裁量之自由，當事人並不當然請求之權利。故就程序而論，訴願又與行政訴訟不同。行政訴訟，其

審查方法，常取原告被告對審之方式，而當事人亦有要求爲言詞辯論之權利焉。

(五) 訴願係對行政處分之效力，請求爲一定之決定。

受理訴願官署，對於所告爭之行政處分，不特應審查其果違法或不當與否，及有無權利或利益之侵害，且須就其處分之效力，爲一定之裁決。如認其處分爲違法或不當，且致個人權利或利益受損害時，則須將其處分撤消或變更之。

第二款 訴願之事項

關於訴願事項之規定，各國法例不同，有採列舉主義，有採概括主義。我國立法向採後者，現行訴願法亦然。卽於第一條規定：「人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者，得提起訴願。」此外，各法規中，亦有若干關於訴願事項之規定：如漁業登記規則第六條，謂「不服原登記行政官署（對於異議）之決定時，得提起訴願」；船舶登記法第六四條，謂「聲請人或利害關係人，對於處理登記之主管航政官署，認爲有違法或不當處分時，得依法訴願」；土地徵收法第四四條，謂「對於縣或市徵收審查委員會之議決，有不服者，得訴願於省政府」；又戶籍法第一二〇條，謂「關於戶籍或人事登記事件，以戶籍主任之處分，爲不當或違法者，得訴願於該戶籍主任所屬之監督官署」。第此等關於訴願事項之規定，雖散見於各法規中，要皆未軼出於訴願法第一條所定之範圍也。

惟依訴願法第一條解釋，僅國家行政官署之違法或不當處分，得爲訴願，而自治公署之違法或不當處分，猶在除外之列。在未施行自治以前，既無自治組織，原無自治機關之處分可言。願目今施行自治，漸見端倪，以後由鄉鎮而市縣，組織次第完成，則純屬自治事務之範圍，因自治公署之違法或不當處分，致居民之權利或利益受損害者，自所難免。故爲保護自治團體居民之利益計，就此一面，尙宜增廣規定，或至少須用解釋，以補充之。

又所謂行政處分，通常係指明示之精神作用或事實作用而言，至於默示之處分，尤其默示之不作爲，究能爲訴願標的與否，不無疑義。鄙意默示之處分，亦得爲訴願之標的。例如公物之全部或一部，廢棄不修，致一般使用人或特別及獨占使用人，喪失使用上之利益者，應得提起訴願。又如聲請處分，法律上定有一定期間，必須對聲請人爲處分者，若期間內不爲處分，可與聲請之拒絕同視，亦得提起訴願。

第三款 訴願人

行政訴願，凡因違法或不當處分，致其權利或利益受損害者，皆得提起，並不以該當處分之相對人即受處分人爲限，前既言之。再訴願之提起亦然，「不服受理訴願官署之決定者，雖非原訴願人，亦得提起再訴願」（註三）。訴願人又不以自然人爲限，即法人亦得提起之。至「多數人共同訴願時，應由訴願人選出三人以下之代表」（訴願法第六條第二項）。

但訴願權爲一般人民所有之權利，僅於一般統治關係中，始認有之。「下級官吏對於該管上級官廳，就其監

督範圍所發命令，有服從之義務，不得援照訴願法，提起訴願」（註四）。良以「因官吏身分而受行政處分者……非以人民身分，因官署處分受損害者可比」也（註五）。然官吏關係，亦為法律關係，苟其官吏之權利，為成文法或習慣法所保障者，雖不能援引訴願法，而為訴願，對於主管官署處分，如有不服，而呈明上級官署，則非法律之所禁止（註六）。

第四款 訴願機關

行政訴願，原則上以原處分機關之直接上級官署，為決定官署。蓋直接上級官署，對於下級機關，就職務上有監督權，最適宜為訴願之決定也（註七）。現行法本此原則，就訴願之管轄，設有次之規定：即（1）不服縣市政府之處分者，向省政府主管廳提起訴願，如不服其決定者，向省政府提起再訴願；（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；（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）不服直屬市各局之處分者，向直屬市政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願；（5）不服直屬市政府之處分者，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；（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（訴願法第二條）。至對上列以外之中央或地方官署，提起訴願時，則應按其管轄等級，比照前條之規定為之（同法第三條）。例如不服縣政府各局之處分者，向縣政府提起訴願，如不服其決定，向省政府提起再訴願。又不服衛生署

或林墾署之處分者，向中央主管部，即內政部或實業部，提起訴願，如不服其決定，向主管院即行政院，提起再訴願是也。

此外，法規中尚有若干關於管轄之規定，如土地徵收法規定：對於縣或市徵收審查委員會之議決，有不服者，應訴願於省政府，對於直屬市政府徵收審查委員會之議決，有不服者，應訴願於內政部（土地徵收法第四四條）。又戶籍法規定：對於戶籍主任之處分有不服者，應訴願於該戶籍主任所屬之監督官署（戶籍法第一二〇條）。然此等規定，亦不過為注意規定，固仍未能視為上述原則之例外也。

總之，關於訴願之決定，不論中央或地方官署之處分，常以原處分官署之直接上級官署，為其管轄機關。惟中央高級官署之處分，不能按級為訴願者，例外以原處分官署，為受理訴願官署而已。我國現制，關於訴願之審級，一般採二審制，以直接對於原處分之訴願，為原訴願；對於原訴願之決定之訴願，為再訴願。再訴願之管轄機關，同為原訴願決定官署之直接上級官署，固無待贅。凡「不服不當處分者，以再訴願之決定，為最後之決定；其不服違法處分之再訴願，經決定後，得依法提起行政訴訟」（訴願法第四條）。

第五款 訴願之提起

（一）訴願提起之期間

得提起訴願之期間，法有限定，不論原訴願或再訴願，應「自官署之處分書或決定書達到之次日起，三十日

內提起之（訴願法第五條第一項），但對於縣市徵收審查委員會之議決，應自收到議決書之次日起，十四日內提起之（土地徵收法第四四條第二項），對於商標局之撤消處分，再審之審定，及再評定之評定，有不服時，應於六十日內，依法提起之（商標法第十九條第四項，第二十八條第二項，第三六條）。於第三人提起訴願場合，此項期間，應自何時起算，法無規定，依理應自第三人可得而知之次日起算，如其處分已為揭示或公示時，應自其揭示或公示之次日起算之。「訴願人不在訴願官署所在地居住者，計算前項期限，應扣除其在途期間。」扣除在途期間，於統一辦法未經部定以前，參照司法行政部所定辦法行之（註八）。「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。期限之末日為星期日，紀念日，或其他休息日者，不得算入」（訴願法第五條第二項）。又「訴願人誤向非主管官署，提起再訴願，該訴願人，於收到駁回之決定後，仍得於訴願法第五條第一項所定期間內，提起再訴願」（註九）。

（二）訴願提起之方式

訴願應以記載一定內容之文書提出之。其文書為訴願書。訴願書應載明下列事項，由訴願人署名：（1）訴願人之姓名，年齡，性別，籍貫，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；（6）年月日（註一〇）。如有證據文件者，應添具繕本；再訴願者，並應附錄原訴願書及原決定書。多數人共同訴願時，應由訴願人選出三人以下之代表，並提出代表委任書（同

法第六條。) 訴願人於訴願書外，應同時繕具訴願書副本，送於原處分或決定之官署（同法第七條第一項。）本項訴願書及其他書件，無論由訴願人親自到署提出，或由郵局遞送，均無不可（註一一）。

(三) 訴願之提起與原處分之效力

因訴願之提起，所告爭之原處分，並不失其效力，其處分應執行者，原則仍得執行，並不因之停止。蓋既成立之處分，一般推定以為適當，單因訴願之提起，其推定固未遽受推翻也。然訴願未決定前，原處分雖不失其效力，而受理訴願官署，得因必要情形，停止其執行（同法第十一條。）所謂必要情形，即以一經執行，即不能恢復原狀，或恢復原狀甚困難者屬之（註一二）。

第六款 訴願之審理及決定

第一 訴願之審理

訴願之審理云者，即調查訴願決定上所必要之事項，及為其事項之判斷之謂也。訴願審理之程序，因訴願之提起而開始。既開始後，依如下之階段而進展：(1) 先為訴願要件之審理。即先審查其訴願之提起，法律上屬於正當與否，以為受理與否之決定。如若受理訴願官署，就其訴願認為不應受理者，則應附加理由而駁回之。訴願既經駁回，其審理遂告終止，不復為內容之審查。(2) 如受理訴願官署，就其訴願提起，認為正當者，乃為其訴願內容之審查，是為本案之審查，訴願已入於本案之審查，當然已正式受理矣。

訴願之審理，應先查悉與原處分有關之事實，次再為原處分違法或不當與否之判定。前者為事實之認定，後者為法律之解釋適用，易言之，前者為事實問題之審查，後者為法律問題之審查。凡訴願之審理，得及於事實問題與法律問題之兩方面，與後述行政訴訟之審理同。

訴願之審理，以書面審理為原則，即就所提出之書面，而審理之，但受理訴願官署，認為有言詞審理之必要時，得將訴願人及原處分機關之人員，傳喚到署，令為言詞辯論（同法第九條）。惟訴願審理，本係受理訴願官署，代原處分機關，為同一事件之審理。故（1）受理官署，認為有調查證據或材料之必要時，應自行調查或囑託調查，不得以決定發還原處分官署，更為審理（註一三）。（2）「原處分官署，應自收到人民訴願書副本之次日起十日內，附具答辯書，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，得自行撤消原處分，並呈報受理訴願之官署」（同法第七條）。此時原處分官署，於撤消原處分後，並得另為處分，固勿待言（註一四）。（3）訴願人除訴願書及必要之文件外，並得隨時提出新之理由及證據書類。要之，受理訴願官署，為案情之審理，應依所有一切材料，而為判斷，從而對於原處分違法或不當與否之理由及證據，亦得自由決定，而不受乎任何方面提出材料之拘束也（註一五）。

第二 訴願之決定

訴願之決定，須以文書為之。訴願決定書，應載明下列事項：（1）訴願人姓名，年齡，性別，籍貫，職業，住所，如係法

人，其名稱及代表人之姓名，年齡，性別；(2)主文，事實及理由；(3)決定官署之長官，署名蓋印；(4)年月日(註一六)。本項決定書，應作成正本，送達訴願人及原處分官署(同法第十條)。其決定書之送達，有一定程式，「行政官署，送達決定書或處分書時，應飭令受送達人及送達人，按照送達證書欄內所載事項，分別填明，以便查考」(註一七)。「決定書不能送達時，應準用民事訴訟法關於公示送達程序之規定辦理」(註一八)。

訴願之決定，依其內容不同，可以別為如左各種：

(一)駁回

所提起之訴願，如受理訴願官署，認為不應受理者，應附理由駁回，前已言之。蓋訴願必須具備一切要件，始應受理。如訴願不有一定標的，或其標的，非屬訴願事項，及提起已過法定期限，皆應駁回，不予受理。但「僅因其訴願書不合法定程式者，應發還訴願人，令其更正」(訴願法第八條但書)。而訴願人得於訂正後，再提出之。訴願駁回，亦屬決定一種，應依法作成決定書而送達之(註一九)。對於駁回，亦得為再訴願。

(二)認訴願為無理由之決定

就本案之審理，受理官署，認訴願為無理由者，應為訴願之駁回，而維持原處分。但訴願經駁回後，原處分並不因之發生實質上之確定力。蓋訴願之決定，僅以訴願為無理由而駁回之，原處分本身之效力，並不因之特加穩固也。訴願駁回以後，原處分仍為下級官署之處分，下級官署，必要時得另為撤消或廢止，固無待論。

(三) 認訴願爲有理由之決定

就本案之審理，受理官署，認訴願爲有理由者，應依情形，爲如次之決定：(1) 無效宣告，即認原處分爲不成立者，應爲無效宣告。(2) 撤消或變更原處分，即撤消原處分之全部或一部。(3) 另爲新之處置，即撤消原處分之全部或一部外，另爲一定處置；其法或與撤消同時，令原處分官署，另爲一定處分；或由受理訴願官署，代爲一定處分。後之場合，其新處分，以受理官署之處分而成立，自無再贅。

訴願之決定，原則上不爲訴願人之要求所拘束。但對訴願人爲不利益之變更(Reformation in pejus)，不得爲之。祇於訴願人有利之變更，不爲訴願人之要求所限制而已。蓋訴願爲行政救濟之手段，此其制度之性質上所當然也。

(四) 決定之效力

訴願之決定，有若何之確定力，亦與一般行政處分之效力同。即其決定或再訴願之決定後，已不能再爲訴願或行政訴願者，則形式上已爲確定。至實質上之確定力，即原處分官署及受理官署已不能再爲更動之效力，苟非法有規定，則不有之。其次，訴願決定，亦有拘束關係各方面之效力。訴願法僅云：「訴願之決定，有拘束原處分或原決定官署之效力」(第一二條)，而不言及訴願人及其關係人，蓋以其當然無須規定也。最後，決定內容，如命原處分機關或訴願人爲一定之行爲或不行爲者，須各爲履行，否則亦生執行問題。即受命機關不肯遵行時，決定官

署，得以監督上方法，強其遵行，或代執行之。訴願人不肯履行時，則得以普通執行手段，而強制之。

第三節 行政訴訟

第一款 行政訴訟之觀念

行政訴訟 (Verwaltungsprozess, Verwaltungsgerichtsbarkeit, procédure administrative, procédure de contentieux administratif, administrative procedure) 云者，因官署之違法處分，致人民之權利受損害時，請求行政法院，以審判程序，審查該當處分或決定，而為一定裁決之謂也。析述之如左：

(一) 行政訴訟，係對官署之違法處分，所提起也。

行政訴訟，係對官署之違法處分提起之。所謂違法處分，單指違反法規之處分，而不及於違反公益之處分，在此點上，其與訴願不同，已見前述。要之，行政訴訟之標的，僅以羈束處分為限，對於自由裁量之處分，不得提起之。

(二) 行政訴訟，係由權利受損害人，所提起也。

行政訴訟，係由權利受損害人提起之。蓋行政處分，單屬違法，猶未足以提起訴訟。必其違法同時損害人民權利，始可提起。從之，此之所謂違法，乃指直接適用於一般行政客體之法規之違反，所不待言。然提起行政訴訟，以權利受損害為已足，提起之人，亦不必為其處分之相對人。

(三)行政訴訟，係向行政法院提起之。

我國現制之下，行政訴訟，係屬於特設之行政法院管轄。且以提出於行政法院者爲限，稱爲行政訴訟。他如選舉訴訟等，雖同爲行政事件之訴訟，而以其屬他種法院管轄之故，不得稱爲行政訴訟。

(四)行政訴訟，係請求以審判程序，審查所告爭之決定。

行政訴訟，係以審判程序，而爲審理，其法即將原告被告對審，然後決爭點，即採取所謂對審之形式，亦已前述。

(五)行政訴訟，係請求對於所告爭之決定或處分，爲一定之裁決。

行政訴訟，不特對於所告爭之決定或處分，請求審查其違法與否，及有無權利侵害，並請求就其處分或決定效力，爲一定之決定，與訴願同。

第二款 行政訴訟之性質

原訴訟制度，簡言之，不外就特定事件，以訴訟程序，而爲法之宣判。準是，則我國現行行政訴訟，亦爲訴訟一種，殆無疑義。第行政訴訟制度，發達甚晚，僅自十九世紀，爲歐陸法奧及德意志諸邦，始所採行，且其審判組織與訴訟事項，各國參差不一，因之，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，爲保護權利而設，後者以行政訴訟，爲維持法規而設。

謂訴訟制度，爲維持法規而設，原無不妥。即就審判之本義觀之，所謂審判，亦不外爲法定之宣告（*Rechts-*

prechnung) 或法之活聲 (Viva vox legis) 但自目的而言，審判有主觀的與客觀的之二觀念。主觀的審判，以研究所告爭權利之存否，並其範圍如何，為最後之目的，故其審判，第一步，研究所告爭之權利，果為法規承認與否，若得肯定解答，次再檢討該當場合，其權利果係存在與否，並其界限若何，如其存在與界限，既得認定，最後，乃取必要手段，以實現其權利。實際制度中，如民事訴訟，即以確定個人之權利，並保障之，為最後之目的者也。其次，客觀的審判，與個人之權利無與，而以法之維持，為主要目的。以故其所審覈問題，亦重在特定行為或不行為，於特定場合，果係違法與否，如認其為違法，審判機關，乃為鎮壓排除之處置，必要時，且使用實力，以遂行維持法規之任務。實際制度中，如刑事訴訟，即始終以確保法規之正確適用，為其目的者也（註二〇）。

然則行政訴訟，究以權利之保護，為最後之目的，抑始終以維持法規，為其目的，就此問題，學者議論紛歧，莫衷一是。如德國學者，雖多傾向於權利說，而亦不無以之為客觀的審判，甚或以之為行政監督之一種者（註二一）。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，法奧及南德意志諸邦，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

過爲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，其前提固須審查法規，而其訴訟目的，則終在乎權利之保護也。

法規說（或行政監督說）爲格奈斯脫所代表（Gneist, D. Rechtsstaat u. d. Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1876），該阿爾格梅也，阿督梅也及哈揭克等，尙支持之。

第三款 行政訴訟之事項

第一項 一般事項

何等事項，得爲行政訴訟，各國立法不同，有採概括主義者，如奧國及我國之舊法；是有採列舉主義者，如德意志及日本之現行法是。前者但定概括抽象之標準，凡與其標準相當之一切事項，皆得提起行政訴訟。此種立法，雖有易滋濫訴，牽制行政，及將不適宜於訴訟審判之事項，如有關於專門學術及軍事外交等機密事項，亦行包括在內之弊，而較列舉規定，僅以所列舉之特種事項爲限，始得提起之者，究能從廣包羅，使人民之權利，多得救濟之機會；而與法治國之精神，亦較符合也。故我國現行行政訴訟法，亦採概括主義，即於第一條規定：「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，三十日內不爲決定者，得向行政法院，提起行政訴訟。」

惟行政審判，與民事審判，對一切私權爭訟，皆應爲之審判者不同，縱性質上屬於行政事件，而法律上不認得

爭訟者，一概得拒絕之。故行政訴訟，唯法律所認許之事項，乃得提起之。依行政訴訟法規定，得為行政訴訟標的之事項，須具如下之要件：（一）須係對於中央或地方官署之行政處分；（二）須其處分屬於違法；（三）須因其違法處分，致人民之權利受損害；（四）須經提起再訴訟。就此四點，請為申述如次。

（一）須係對於中央或地方官署之處分。

第一，現行法中所謂中央或地方官署，依通常用例解釋，僅指中央或地方各級之行政官署，此外，自治公署，如鄉鎮公所或鄉鎮長等，猶未包括在內。鄉鎮公所，當其執行委任事務之際，猶可以地方行政官署解釋，固無問題。而當執行固有事務之際，則不能以地方官署目之。然鄉鎮公所，於固有事務之範圍內，因其違法處分，致損害人民之權利者，當為事所難免。如此種違法侵害，不能以行政訴訟，請求救濟，立法殊嫌疏漏。就此一點，將來實有改正必要，或至少須用解釋，以補救之。

其次，處分一語，頗多廣狹不同之意義，本書所稱，係指能發生法律效果之一切單方的行政行為而言，所謂單純的事實動作，則不包括在內，既見前述。但此僅就適法行為而言，至於違法行為，尤其侵權行為，僅為單純的動作所構成者，所在多有。如關於一切土木工程之興築修理等，原為行政作用中之重要部分。如其作用直接損害人民之權利者，依理亦應使得提起行政訴訟，請求為工事之制止，設計之變更，或回復原狀，消除後害，乃至請求損害賠償。故現行行政法中所謂處分一語，理宜從廣解釋，使單純的動作，亦得包含在內。蓋如是方足以符社會正義之要求。

並廣行政訴訟制度之實用也。

(二) 須其處分屬於違法。

對於官署處分，提起行政訴訟，須主張其處分係屬違法。雖其果屬違法與否，須俟審判判決，始能決定。而所提出之主張，要須法律上，尚有爭執之餘地。至於不受法規拘束之行爲，不問性質若何，因自始不成違法之問題也。茲就所謂違法之意義，更爲申述如左：

第一，此之所謂違法處分，係與不當處分相對而言。所謂不當，僅爲不合公益或不合目的，與違反法規，有所區別，迭見前述。現行各國通例，行政訴訟，僅以審判違法問題爲限，關於「自由裁量問題，不屬行政審判之管轄」(註二二)。我國訴願法第四條規定，「不服不當處分者，以再訴願之決定，爲最後之決定；其不服違法處分之再訴願，經決定後，得提起行政訴訟。」亦即明以違法問題，爲訴訟事件，而以不當問題，純爲行政事件也。蓋行政處分，有羈束處分與自由裁量處分之別，後者不受法規拘束，得由行政官署，於某範圍內，以自認爲適當者，而處置之。以故此種處分，縱有不妥，亦僅爲不合目的或不當而已，不至發生違法。不當問題，既非法律問題，自非行政法院所宜審判也。然特定場合，究有自由裁量之餘地與否，如得自由裁量，其裁量權之範圍如何，仍須依據法律，以決定之。故自由裁量之濫用，或裁量權之超過(Ermessenmissbrauch od. Ermessensüberschreitung)，仍爲違法問題，而非不當問題。

其次，所謂違法處分，其原因並不以存於該當處分本身者為限，其處分本身縱不違法，而其所本之先行行為，乃屬違法者，則因繼受先行行為之違法性故，亦生違法問題。例如官署發一違法命令（規章），然後本其命令，而為處分，此時其處分本身，即無不合，而因其所本之命令違法之故，亦為當然違法。苟其規章命令，猶可爭執，則對該當處分，常得提起行政訴訟。

再次，此之違法，亦指違反外部法規而言。如僅違反內部法規，人民不得據為爭訟。蓋內部法規，如辦事規則或訓令等，僅有拘束機關內部之效力，於人民無何直接關係。此種法規，即有違反，亦非對於人民違法也。祇訓令所定之內容，同時所以實現外部法規之規定者，則違反訓令，固同時亦對人民，發生違法之結果耳。

（三）須因其違法處分，致損害人民之權利。

提起行政訴訟，又須主張因其違法處分，致自己之權利，蒙受損害。如單純生活上利益，未為法律所擔保者，雖受損害，亦不得提起行政訴訟。抑法律上所謂權利，有公權與私權之別，茲之權利損害，不問公權或私權之損害，皆包括之。

私權中易受違法處分之損害者，當以物權居首。如強制徵收之實行，或土木工程之設施，即易損害人民之物權。物權有對抗一切人之效力，若受國家處分侵害，自成行政訴訟原因。至債權向稱為相對權，祇於特定人間，有其效力。然依債之性質如何，第三人未始完全不能侵害。若因違法處分，致個人債權受損害者，當亦得為行政訴訟。

惟行政訴訟事件中之權利損害，尤以公權之損害，為最主要。公權有積極的公權與消極的公權之分，前既詳述。如公法上金錢請求權或河川道路占用權之毀損，或請求許可或特許之拒絕，即積極的公權之損害也。租稅之違法賦科，營業之違法禁止，或集會結社之非法解散，即消極的公權即自由權之損害也。

(四) 須經提起再訴願。

行政訴訟，正式提起以前，是否應經行政上之再審程序，性質上原無一定。惟立法例，每以提起行政訴訟以前，須經提起訴願（註二三）。即以訴願，為行政訴訟之前審，而以行政訴訟，為訴願之覆審。我國行政訴訟法第一條規定：凡因官署之違法處分致人民之權利受損害，「經依訴願法提起再訴願，而不服其決定；或提起再訴願，三十日內不決定者，得向行政法院，提起行政訴訟。」亦同以行政訴訟，為對於訴願決定之上訴。若以原處分為第一審，原訴願為第二審，再訴願為第三審，則行政訴訟，正其第四審矣。

提起行政訴訟以前，須經訴願程序，其理由約有三端：（1）姑先以簡易程序，試其是否即能了結，如能簡單了結，於當事人，甚為便利。（2）移歸行政審判以前，使行政官署，盡情審查，俾有更正機會。（3）縮小行政訴訟之範圍，以減輕行政法院之負擔。但我國現制，起訴於行政法院以前，通常須經再度之訴願，若將得聲明異議場合，加算在內，則正式起訴以前，甚至須經四度之覆審。程序冗繁，進行迂緩，莫此為甚。尤其不服中央各部會之處分，須向原部會提起訴願，向主管院為再訴願，然後方得提起行政訴訟。此種程序，並無經過必要，甚屬明顯。總之，本項先經程序

之規定，限制殊失太嚴，將來立法，宜再考之。

第二項 附帶請求事項

凡因官署之違法處分，致人民之權利，受損害者，經再訴願後，得向行政法院，提起行政訴訟，以求救濟，既如右述。但依於行政審判之救濟，通常僅將訴願決定或原處分，為撤消或變更之宣告。至將決定或原處分撤消或變更後，人民所受損害，尙未完全除去者，是否更得請求損害賠償，如得請求損害賠償，是否即向行政法院為之，抑或另向普通法院為之，是皆待於特別規定，以解決之。

考現時一般法例，凡行政上之違法行為，除為其行為之公務員個人，應負民事責任外，國家或自治團體，亦應直接負其賠償責任。而請求國家賠償，依法律規定如何，無論歸諸普通法院受理，或行政法院受理，均屬可行。蓋人民因違法處分所受之損害，有私經濟關係之性質，可以使屬普通法院受理，而一方因其損害，為行政上之違法處分所引起，亦可作為行政訴訟事件，而使行政法院受理之也。德日法例，以行政法院，不受理損害賠償之訴，其請求須向普通法院為之；法國異是，即使同向行政法院為之。兩相比較，似以法國之例，為尤便利。我國現制，亦略仿此，即於行政訴訟法第二條第一項規定：「行政訴訟，得附帶請求損害賠償。」惟請求國家賠償，既須於提起行政訴訟之際，附帶為之，則以國家賠償責任而言，其賠償機會，蓋屬甚少。因我國所謂行政訴訟，有第四審之性質，如前此在覆審中，已將原處分撤消或變更之者，人民縱有損害，未得除去，因已不得提起行政訴訟，亦無從附帶請求國家賠

償矣。關於此，尙待次節，更申論之。

於行政訴訟之際，附帶請求國家或自治團體損害賠償，須依行政訴訟程序爲之，固不待論。惟關於此項損害賠償之方法與範圍，行政訴訟法中，不設特別規定，而卽準用民法規定定之（行訴第二條第二項）準用民法（篇）規定，其損害賠償之方法及範圍如次：

（一）損害賠償之方法

民法上損害賠償之方法有二，一回復原狀，二賠償金錢。我國民法規定以回復原狀爲原則，除法律另有規定……外，不得以金錢爲賠償（民法第二一三條上段）。所謂回復原狀，卽回復他方損害未發生前之原狀。如將房屋拆毀之部分，修理復原；對於他人所有物之滅失，發還同種類之物是。然他人之損害，爲金錢多額之支出者，則回復原狀，亦不外爲金錢之給付。如斯因回復原狀，而應給付金錢者，自損害發生時起，並應加給利息（同條後段）。此時應加給之利息，以法定利息爲率，自無待贅。

適用純然之金錢賠償，通常以次二情形屬之。（1）「應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不爲回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害」（民法第二一四條）民法本條規定，原爲特別保護被害人而設，使被害人，至逾期催告中所定期後，得另求他種賠償之道，並得依其需要，選擇任何賠償一種。惟所謂定相當期限催告，屬於審判外之請求，於行政爭訟中，直接不能適用。如以類推解釋，則前此在覆審中，被害人已向覆審官署，爲回復

原狀之請求者，至提起行政訴訟之際，亦得依其選擇，逕請以金錢賠償其損害耳。(2)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（民法第二一五條）。如毀滅不能代替之物，或已發生不能消滅之事實，既不能回復原狀，自非金錢賠償不可。又回復原狀，顯有困難，如回復原狀，有礙公益，或需費過鉅者，當亦以金錢賠償爲妥。

(二)損害賠償之範圍

損害賠償債權之發生，須原因事實與損害之間，有相當因果關係，此不論民事上或行政上，均屬當然。如損害之發生與違法之處分，無相當因果關係者，行政主體，亦無須負賠償義務。

然所謂損害，有積極的損害與消極的損害之別。積極的損害，即法文中所謂「所受損害」，即因該原因事實，所生之實際損害；消極的損害，即法文中所謂「所失利益」，即無該原因事實，則能取得之利益。民法上之損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，無論所受損害或所失利益，原則均應填補。而「依通常情形，或依預定之計劃設備，或其他特別情事，可預期之到益，視爲所失利益」（民法第二一六條）。但行政訴訟上之損害賠償，有特別限制，民法第二一六條規定之所失利益，不在賠償之列（行訴第二條第二項但書）。

又民法中設有過失相抵之規定，即「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，爲債務人所不及知，而被害人不予預促其注意，或怠於避免，或減少損害者，爲與有過失」（民

法第二一七條。準此，則就損害之發生或擴大，被害人如與有助力，且其助力出於被害人之過失者，不問其協助行為積極的或消極的，又不問其行為是否與義務人之行為同時或在其前後，均得過失相抵。本條過失相抵之原則，於行政上之損害賠償，亦得適用之。

(三) 賠償人之代位

「關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人，請求讓與基於其物之所有權，或基於其權利對於第三人之請求權」(民法第二二八條)準用本條規定，則行政主體已就物或權利之喪失或損害為賠償，而已賠償其全部價格者，應由行政主體，就該物或權利，代位被害人。蓋被害人已得全部賠償，而仍就原物或其所有權利，不許他人代位，則將取得兩重利益，與衡平原則，未免相背謬也。

第四款 行政審判之機關

(一) 概說

關於行政事件之審判機關，各國制度不同，有採分離主義，即將行政法院與普通法院分離獨立，使行政訴訟事件，專屬於行政法院審判者，如法德奧日諸國是；有採合併主義，即將行政訴訟事件，合併於普通法院審判，不設獨立之行政法院者，如英美等國是。考分離制度，為法國所首創，至十九世紀之後半期，輸入德奧，然後普及他國。法國所以創此制度，有其特殊歷史。蓋法國早在大革命前，行政部與法院，互有惡感，至革命時代，為避免司法干涉行

政之計，遂將行政法院，屬於行政部內。相沿及今，未之變更。德日諸國，採此制度，其理由要亦在於行政司法，互保獨立，不相干涉。然自今日觀之，此種理由，已難成立。蓋今日即在法國，其行政與司法，已無反目情事，他國更可不論。而現今諸國，雖將行政法院，設置於行政部中，對於政府機關，仍有獨立地位。政府行爲，受其獨立批判，與受普通法院審判，殆無所異。故現今主張分離論者，乃別尋理由，咸以審判行政案件，與民刑案件不同，需特殊之學識與經驗，普通法院，長於民刑審判之法官，未必適於行政案件之審判也。

至英美等國，與大陸法系諸國，迥異其趣。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，亦無行政事件與民刑事件之分，概屬於普通法院審判。故英美等國，根本上無所謂行政法，久爲學者之所論定。祇近歲以來，情勢變更，爲應實際需要，行政各部，每設初級之特別行政審判機關。迄於最近爲止，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）因最近會社立法發達之結果，行政權活動之範圍，逐漸擴大，舊有普通法院，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，組織特別機關審判，較爲妥當。（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。

綜上所述，關於行政審判，究應設立獨立法院，抑即併屬普通司法機關，在性質上，原無一定，要須視其實際上，有無獨立設立之必要，以決定之。如或行政訴訟事件，不甚繁雜，一時猶無設立多數法院必要，即將行政審判機關，列入於司法組織，自成獨立一院；或即併設於普通法院，自成獨立一庭，概使有特殊之學識與經驗者，充當斯職。如是不特無何妨礙，且足使其組織簡單而易行也。

我國行政審判組織，向採分離主義。查元年約法，設有次之規定：法院依法律審判民刑訴訟，關於行政訴訟及其他特別訴訟，別以法律定之（第四九條）。本此規定，至民國三年，頒有平政院編制令及行政訴訟法，而平政院亦於是年組織成立。凡人民（1）因中央或地方最高級行政官署之違法處分，致損害其權利者，（2）因中央或地方行政官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法，訴願至最高級行政官署，而不服其決定者，均得向平政院提起行政訴訟（三年行政訴訟法第一條）。此時行政審判組織，為一審制，全國惟有一平政院。祇因審判之便利或必要時，除以地方最高級行政官署為被告之行政訴訟外，得由平政院長，囑託被告官署所在地之最高級司法官署司法官，並派遣平政院評事，組織五人合議庭審理之，其庭長由平政院長指定（同法第五條）。此係為距離平政院所在地太遠，交通又極不便利之地方而設，論其性質，殆與平政院之分院相當，但為暫設機關，而非常設機關。

關。要之，此時之平政院，實爲行政組織中之一部，雖其職掌，專在行政審判，不在處理普通行政事務，而與司法法院，固異其組織上之系統也。

迨十七年，國民政府設立五院之際，乃將從來組織，加以變更，即於司法法院組織法中，規定設一行政法院，使之與最高法院，蹠對並立，而同直隸於司法院。將行政法院改隸於司法系統中，在理論上，原無不妥，既如右述。國民政府，嗣於二十一年十一月，公布行政法院組織法及行政訴訟法等，於二十二年六月二三日，開始施行，同年九月一日，行政法院之組織，亦告成立，此即我國現有之行政審判機關也。

(二) 行政法院之組織

行政審判之組織，各國法例，殆莫不有審級之區別，祇奧日二國及我國舊法，採一審制，我國現制一然。即以司法院中之行政法院，爲掌理全國行政審判之唯一機關（行政法院組織法第一條），無論初審終審，概盡於此。惟所謂全國唯一行政審判機關，有二點上，應加注意。（1）向行政法院提起訴訟以前，必經聲明異議及再訴願之程序，連原處分加算在內，少則經過三審，多且經過四審。此等程序，不外爲行政審判之前審。故自實質上言，我國行政訴訟，原亦有審級之區別。特在此等審級中，不以訴訟程序處理，在形式上，仍不能稱爲行政訴訟耳。（2）行政訴訟事件，須先經一定之先行程序，至最後乃出訴於行政法院。是行政法院，若與民刑審判機關相較，殆與最高法院相當。但最高法院，爲第三審機關，通常祇爲法律審，而不爲事實審。事實審，僅至高等法院爲止。最高法院，即以高等法院

所確定之事實爲基礎，就法律問題，而審判之。而行政法院，不以法律問題爲限，卽就事實問題，亦得審判。故提起行政訴訟以前，無論既經幾次覆審，而行政法院之審理，寧與普通法院之第二審相當，而無第三審之性質。

行政法院以院長，評事，書記官長，及書記官等，共構成之。院長綜理全院行政事務，兼任評事，並充庭長。關於院內行政事務，得召集庭長評事會議，但不受多數意思之拘束。院長有事故不能執行職務時，由資深庭長，臨時代理之。（同法第二條，行政法院處務規程第八條及第十條。）院內分設二庭或三庭（現設二庭，）各庭連庭長在內，設評事五人，其中須有二人，曾充司法官。庭長除由院長兼充者外，餘就評事中選充之。其職務在監督並分配事務。各庭審判事務，卽由五人評事，以合議制行之。合議審判，以庭長爲審判長，庭長有事故時，由評事之資深者充之。（同法第三條第四條及第五條。）審判之評議，與民事法院同，均不公開。評議時，評事應各陳述意見，其次序以資淺者爲先，資同以少年者爲先，遞至審判長爲終。其評議以過半數之意見決定之。關於金額，如評事之意見，分三說以上，各不達過半數時，以最多額之意見，順次算入次多額之意見，至達過半數爲止。（同規程第二五條，法院組織法第八一條第八二條。）各庭審判案件，有可著爲判例者，應由庭長命書記官，摘錄要旨，連同判決書印本，分送各庭庭長評事。又各庭審理案件，關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長，呈由司法院院長，召集判例變更會議決定之。（同規程第二三條及第二四條。）院內置書記官長一人，書記官十人至十六人。書記官長，承院長命令，指揮監督書記官，分掌事務。配置各庭之書記官，應受庭長評事之指揮監督，每庭並得以一人爲主任。

(三) 行政法院之評事

行政法院之評事，其任用資格及保障，該組織法中，均有規定。右述各構成員中，庭長為普通評事所兼充，其為評事，固無待論。惟院長雖亦擔任評事職務，而其本職為院中行政長官，評事職務，不過為其兼任，應非此之評事。且院長係特任職，依中央政治會議解釋，為政務官，亦不應與普通評事，受同一任用資格之限制，並其地位之保障。故此之所謂評事，應將院長除外，僅指其他不論兼充庭長與否之評事言之。

行政法院之評事，為簡任職，非有下列各款資格者，不得充之：(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（同組織法第六條）。但此外並無限制，如在法院推事，非法律另有規定，不得兼任有給無給之公職（法院組織法第三九條第一款），而於評事，組織法上無是限制，其得兼職與否，應依關於普通事務官兼職之規律定之。

評事之地位，與法院推事受同一之保障。即評事非有法定原因，不得將其停職，免職，轉調，或減俸（行政法院組織法第九條，法院組織法第四〇條）。但評事之待遇，組織法中並無規定，關於法院推事之待遇，不能適用之。

第五款 行政訴訟當事人

在一切訴訟中，通常必有請求審判之原告，與被訴之相對人，即被告之存在，此對立的處於原被告之地位者，即稱訴訟當事人（parteien）。惟訴訟上所謂當事人，有實質上與形式上之二不同意義。實質上之當事人，指所告

爭之法律關係之主體，即其間互有權利義務之爭者也。形式上之當事人，指程序上互為對審之人，即其審判程序，以其名義開始者也。民事訴訟中之當事人，同時兼為實質上之當事人，即程序上立於原被告之地位者，實質上常為權利義務之主體。刑事訴訟中之當事人反是，刑事訴訟上國家之檢察官，雖亦立於起訴人之地位，而其目的，在於法規之正確適用，非真與被告人為權利之爭。又刑訴中因不服第一審判決，而提起上訴之場合，其第一審法院與提起上訴之檢察官之關係亦然。要之，此等場合，檢察官與第一審法院，皆為程序上之當事人，而非真實之當事人也。

在行政訴訟中，原亦有所謂當事人訴訟（*Partei streitigkeit des öffentlichen Rechts*）與抗告訴訟（*Rechtsbeschwerde, Anfechtungsklage*）。前者即私人與自治團體，或自治團體相互間，因公法上關係有所爭執，各為當事人，而向行政法院，提起行政訴訟之謂。於此場合，其私人或自治團體，各為原告或被告，且同時為實質上之當事人，與民事訴訟，初無所異（註二四）。後者略與刑事訴訟中之上訴相似，即因不服行政官署之處分或決定，而請求行政法院，重為審判之訴訟，其目的在判定該處分或決定，果為適法與否，而非與被告為權利之爭。此時被告之行政官署，亦非權利主體，不過為程序上謀便利計，所設定之當事人耳（註二五）。

準是以觀，誰為訴訟上之當事人，全依訴訟種類而決定。我國現行制度之行政訴訟，僅有抗告訴訟一種，常由權利受損害人，因不服再訴願決定所提起。所謂當事人訴訟，未之認有。故我國行政訴訟中之原告，雖為權利受損

害人之個人或團體，而處於被告之地位者，常爲行政官署。

行政訴訟之當事人，除右述之原告與被告外，尙有事後加入之參加人；而各當事人，又得委託他人代理。茲就此數者，申述如次。

(一)原告

所謂原告，卽有起訴權人之謂。誰得爲行政訴訟之原告，法律雖無直接規定，而得提起行政訴訟之人，則常爲因違法處分，致權利受損害之人。故因違法處分致權利受損害人，皆得爲行政訴訟之原告。行政訴訟之原告，因係所告爭之權利之主體，無論在形式上或實質上，皆爲行政訴訟之當事人。

惟得提起行政訴訟之人，並以不該當處分之直接相對人，卽受處分人爲限，卽因對於他人之處分，致其權利受損害者，亦得提起之。如因對於甲之租稅延納處分，將甲所有之不動產扣押，而第三人之乙，於甲之不動產上，有抵押權者，則乙亦得以抵押權受損害，提起行政訴訟，而爲原告。又因對於甲之租稅延納處分，誤將乙之所有物，認爲甲之所有物，而爲扣押者，則乙亦得以權利受損害人，而爲原告。及所爭告之權利，非有專屬權性質，而得移轉於他人者，受其權利移轉之人，亦得提起行政訴訟。例如關於科稅處分之訴，其納稅義務爲遺產繼承人所繼承者，繼承人亦得爲原告。又不特繼承人爲然，卽權利之讓受人，亦得繼受出讓人之訴權而爲原告。

行政訴訟原告之觀念，既如右述。至於原告之能力，卽起訴當事人能力 (Parteiaefähigkeit)，尙須另說明之。

關於此點，行政訴訟法中，未加直接規定，但云「本法未規定者，準用民事訴訟法」（同法第二六條。）則民事訴訟上有當事人能力者，行政訴訟中，應亦有當事人能力。準是而論，不特自然人或法人，有當事人能力，即胎兒，或非法人之團體而設有代表人或管理人者，亦得爲原告（民訴第四一條新民訴第四〇條。）

其次，關於行政訴訟能力（Prozessfähigkeit），行政訴訟法中亦未規定，同須準用民事訴訟法，以決定之。民事上關於訴訟無能力人，或限制行爲能力人之法定代理，或訴訟所必要之允許，除有特別規定外，依民法及其他法律之規定。則行政訴訟上，關於無行爲能力人或限制行爲能力人之訴訟，當亦同此原則（參照民訴第四三條以下，新民訴第四五條以下。）

又因準用民事訴訟法之結果，不問爲自然人或法人，凡二人以上之多數人，因有特別情形，亦得共同提起單一之訴（民訴第五〇條以下，新民訴第五三條以下。）

（二）被告

行政訴訟之被告，即行政訴訟所提起之相對人。行政訴訟上誰爲被告，行政訴訟法中設有間接規定，即同法第十條第三款中，設有「被告之官署」一語。我國之行政訴訟，係由權利受損害人，因不服再訴願決定所提起，此之被告官署，乃指再訴願決定官署，自無待贅。此時被告官署，因非該當訴訟中所告爭之法律關係之主體，非實質上之當事人，而不過爲程序上或名義上之當事人；而程序上之當事人，不過爲求法律之正確適用，並解決爭訴之

便利而設，亦既前述。故此時被告之當事人，有無法律上人格，可以不問。固不得以行政官署不有人格之故，遂謂行政訴訟中，祇有原告，而無被告。關於行政訴訟之被告能力，並無限制，凡再決定官署，皆得當然為其被告。

行政訴訟中，既以官署為被告，而不以他人為相對人，則自訴願決定後，至起訴時之中間，其官署之構成員，縱有更迭，仍得以同一官署為被告。又因組織變更，再決定官署之權限，已於移轉他官署者，亦得依起訴當時之組織法，以就該當事件，有權限之官署為被告。

(三) 參加人

行政訴訟之當事人，除原被告外，尚有參加人一種。所謂行政訴訟之參加人，即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，參加於其訴訟者之謂。我國行政訴訟法第十六、七條中，均見有參加人名詞，其認有此種參加人，自無疑義。誠以我國之行政訴訟，非兩法律關係主體間之訴訟，而為不服再決定人，對於再決定官署之訴訟。其訴訟結果，致第三人之權利受影響者，較之民事訴訟，其例尤多。例如甲鄉與乙鄉，為境界爭議，因不服省政府之再決定，而提起行政訴訟。此時被告官署，雖為省政府，而因其判決結果，直接受法律關係之決定者，除甲鄉外，尚有第三人之乙鄉。諸如此類場合，若將第三人即訴訟標的之真正當事人，除外不使參加，詎能期其審判之確實與公允，故行政訴訟，為求審判之確實公允起見，較之民事訴訟，尤有令第三人參加，俾得為一定主張，並提出證據之必要焉。參加行政訴訟之第三人，應具何等要件，現行法未之規定。依多數法例，但以與該當訴訟

事件，有利益關係爲已足。卽對其訴訟所下之判決，於自己之利益，將受影響之人，皆得爲參加人。關於此點，我國現行法之解釋，應屬相同。

我國行政訴訟法中，明於當事人外，另設參加人名詞，其參加人是否亦爲行政訴訟之當事人，似有疑問。但此僅爲用語上之區別而已，於行政訴訟之地位上，實同爲當事人。如民事訴訟中之參加人，原亦爲當事人一種。祇狹義之當事人卽原被告，自始參加訴訟程序，而參加人，則恆於訴訟程序既開始後，始行加入，在此點上，特有不同已耳。

惟行政訴訟之參加人，與民事訴訟法第五一條（新法第五四條）之共同訴訟人，及同法第五五條（新法第五八條）之訴訟參加人，其性質均屬不同。民訴第五一條之共同訴訟，從前曾稱爲主參加，卽就他人間之訴訟標的全部或一部，爲自己有所請求，以本訴訟之兩造爲共同被告，而提起訴訟之謂。此種訴訟，雖與本訴訟同時審判，而其本質，爲另一獨立訴訟。現行民訴中，已將此種所謂主參加訴訟，改爲共同訴訟一種。此種主參加訴訟或共同訴訟，於行政訴訟中，根本不認有之。蓋行政訴訟之兩造，爲原告與被告官署，此兩造並非訴訟標之法律關係之主體，若於另一訴訟中，以非法律關係主體之兩當事人，爲共同被告，實非行政訴訟性質之所容許也。行政訴訟中，既不能以原被告爲共同被告，則行政訴訟之參加人，無論在若何場合，皆非主參加人或共同訴訟人明矣。其次，民訴第五五條之參加人，卽從前所稱之從參加人。此之參加，以訴訟繫屬中，輔助當事人一造爲目的；參加人不得

於目的範圍之外，爲自己權利，有所主張。而行政訴訟之參加人，並不以輔助當事人一造爲限，苟爲自己利益，卽與當事人任何一造不同或相反之主張，亦得爲之。此之場合，於單一訴訟中，有三個不同之主張鼎立，其形勢寧與主參加相似，而與從參加不同。

民事訴訟中之參加人，其參加任於參加人之自由意思，而行政訴訟中之參加人，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，與公益直接無關，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，故其參加不可任於第三人之自由，至少亦非得行政法院之同意不可也。惟具有參加資格之人，請求參加而不允許，準用民訴規定，得爲即時抗告。

(四) 訴訟代理人

訴訟代理人 (Prozessvollmachtigen) 者，依訴訟當事人之委任，以當事人名義，而爲訴訟行爲之代理人也。行政訴訟，與民事訴訟同，其行爲不以當事人自爲爲必要，而得委託代理人爲之（行訴第七條上段）卽法定代理人爲訴訟時，亦得更委託他人代理。所委任之代理人，無論爲律師與否，均無不可（註二六），尤其被告官署，得使下屬官吏，爲之代理。惟原告方面，非律師爲代理人時，行政法院，得以裁定禁止之（民訴第六六條，新民訴第六八條）。訴訟代理人，除依公職，在法律上當然爲代理者外，應提出委任書，說明其代理權（行訴第七條下段）卽其

代理權之授與，爲要式行爲，須以書面爲之。此無論以律師、官吏或其他人爲代理人時，均屬相同。

第六款 行政訴訟之程序

第一項 行政訴訟之提起

第一目 起訴之要件

凡人民因官署違法處分，致其權利受損害，並具備其他要件者，皆得向行政法院，提起行政訴訟。而經提起行政訴訟時，行政法院，乃須將其訴訟事件審理，並對其起訴人，爲一定之裁決。是故因行政訴訟之提起，於行政法院及起訴人，皆發生一種地位。即起訴人得對行政法院，請求爲其決定；而代表國家之行政法院，則須對起訴人，爲一定之決定焉。

願提起行政訴訟，須具實質上及形式上之要件。實質上之要件，即（1）訴訟之事項，須依法律，得爲行政訴訟之標的；（2）行政訴訟之當事人，須依法律，有當事人能力。關於此二要件，前二款中概已詳述，可不復贅。形式上之要件，即（1）其訴訟須於法定期間內提起；（2）其提起須具一定方式。就此二點，茲爲申述如次：

（一）起訴期間

行政訴訟，係對於再訴願決定所提起之訴訟。在訴訟判決前，其再決定之效力，猶不確定。而決定之效力，常處於不確定之狀態，於行政秩序，甚有妨礙。故行政訴訟之提起，與訴願同，有一定期間之限制。如其起訴期間，既已經

過，則有起訴權人，已不能再為訴訟，而訴願決定及原處分之效力，在形式上，遂告確定矣。

起訴期間，無論在再訴願決定或不決定場合，均為六十日。即「行政訴訟，因不服再訴願之決定而提起者，自再訴願決定書達到之次日起，六十日內為之。其因再訴願不為決定而提起者，自滿三十日之次日起，六十日內為之。」（行訴第八條）。但此僅就再訴願人之起訴而言，若第三人為起訴時，其期間應自第三人可得而知之日起算，即在再訴願積極決定場合，應自其再決定書一般公佈之日起算。在再訴願不為積極決定場合，應自第三人得知再訴願提起後，已經三十日，不為決定之日起算之。關於此項期間之計算，並應準照民事訴訟法第一六二條（新法第一六一條）規定，其期間之始日不算入，其期間之末日，為星期日，紀念日，或其他休息日，以其休息日之次日代之（民法第一二〇條第二項及第一二三條）。

起訴人不在行政法院所在地居住者，應準用民事訴訟法第一六三條（新法第一六二條）規定，扣除其在途期間，其在途期間為若干日，為二一年九月司法行政部第二一二五號訓令所定，業於訴願節中附述，茲不復贅。但起訴人有訴訟代理人，居住行政法院所在地者，其在途期間，不得扣除之。又民訴中關於因天災或其他事由，遲誤不變期間之規定（民訴第一六五條，新民訴第一六四條），於此亦得準用之。

（二）起訴之方式

「提起行政訴訟，應以書狀為之。」其書狀即稱訴狀。「訴狀應記載左列各款，由原告人簽名，蓋章，或按指印，

其不能簽名蓋章按指印者，得使他人代書姓名，並由代書人記明其事由，並簽名；一原告之姓名，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；二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；三被告之官署；四再訴願之決定及起訴之陳述；五起訴理由及證據；六年月日」（行政訴訟第十條）（註二七）。

右列第四款所謂起訴之陳述，原則上應與訴願時所陳述者相同。但行政訴訟，得附帶請求損害賠償，除要求撤消或變更原處分外，並得附帶請求賠償。又第六款所謂理由及證據，並不受何拘束，凡訴願中所未提出之理由及證據，皆得從新提出之。

第二目 起訴之效果

行政訴訟提起之效果，可自兩方面觀察之。

（一）訴願繫屬

行政訴訟，因訴之提起，而繫屬於行政法院，是謂訴訟繫屬（*Rechtshängigkeit, Gerichtshängigkeit*）。訴訟繫屬，在行政訴訟法上，發生次之效果：（1）當事人與行政法院，關於訴訟行為，各有一定之權利與義務。（2）就同一事件，當事人已不能更提起行政訴訟，否則行政法院，得駁回之。

（二）再決定及原處分之效力

因行政訴訟之提起，訴願決定之效力，原則上直接不受何等影響，原處分未為訴願決定所變更者亦然。蓋行政訴訟判決以前，所告爭之決定及原處分，仍推定以為適法；因訴訟之提起，其推定未可遽使受推翻也。故因行政訴訟之提起，訴願決定及原處分之執行，除法律有規定外，原則不受停止（行訴第九條上段）惟將此原則貫徹之，與容許提起行政訴訟之本旨，時亦不無相悖。因若處分內容，一經執行，即不易恢復原狀，或恢復原狀甚困難者，如或訴訟終局，原告勝訴，其訴訟判決，卒無實效矣。故對於上項原則，亦設有次之例外規定。即行政法院，或原處分原決定之官署，得依職權或原告之請求，將決定或原處分之執行停止之（同條但書）。

行政訴訟提起之後，原告得將該訴訟，隨時撤回之。因行政訴訟，因原告之請求而開始，如原告放棄其請求時，自無使其訴訟繼續之必要也。行政訴訟經撤回後，凡因起訴所生之效果，視為自始消滅。

第二項 行政訴訟之審理

（一）法庭之構成及公開

行政法院，由各庭獨立審判，各庭由庭長及評事合計五人構成，審判時以庭長為審判長，概已前述。各庭評事，於審理行政訴訟事件之際，其應迴避情形，略與民事訴訟相同。即評事有下列各款情形之一者，應行迴避，不得執行職務：（1）評事或其配偶，為該訴訟事件當事人者；（2）評事為該訴訟事件當事人七親等內之血親，或五親等內之姻親，或曾有此姻親關係者；（3）評事或其配偶，就訴訟事件，與當事人有共同權利人，共同義務人，償還義務

人之關係者；(4)評事爲該訴訟事件當事人之法定代理人，或曾爲法定代理人者；(5)評事於該訴訟事件，爲訴訟代理人，或曾爲訴訟代理人者；(6)評事於該訴訟事件，曾爲證人或鑑定人者；(7)評事在中央或地方官署，參加該訴訟事件之處分或決定者；(8)評事在法院參與該訴訟事件之審理者（行訟第六條）。凡應迴避之評事，參與於審判時，當事人得以再審之訴，聲明不服，如後所述。

各庭爲言詞辯論時，與普通法院同，以公開爲原則。但有妨公共秩序或善良風俗之虞時，得不公開。法庭公開時，審判長有維持秩序之權。凡有妨害法庭執行職務，或其他不當行爲者，得爲一定處置或處罰。律師在法庭代理訴訟或辯護案件，其言語行動如有不當者，審判長得加以警告或禁止。非律師而爲代理人或辯護人者亦同（行政法院處務規程第二六條，法院組織法第六三條以下）。

(二) 審理之進展

行政訴訟之審理，依次之二階段而進展，與訴願之審理同。(1)訴訟要件之審理。各庭接受訴訟案件時，應先審理其訴訟提起，在法律上果爲正當與否，如認爲要件欠缺，不應提起訴訟時，應附理由，以裁定駁回之（行訴第一一條上段）。訴訟既經駁回，其審理遂盡於此。不復爲本案內容之審查，但僅係訴狀不合法定形式者，應限定日期，命其補正（同條但書）。(2)本案內容之審理。卽於要件審理後，認其訴訟提起爲正當者，則入於本案內容或訴訟要求之審理。決定爲本案之審理，卽爲訴訟之受理。但訴訟之受理，不爲獨立之決定，祇實事上既進於本案之

審理，其訴訟當然已受理矣。

(三) 審理之範圍

(甲) 不告不理之原則

行政訴訟，與民事訴訟同，其所審理範圍，適用不告不理 (ne procedat iudex ex officio) 之原則。凡非原告請求事項，行政法院，不為職權審理。蓋我國之行政審判，如前所述，以保護權利為目的，而不以維持法規為目的。在以維持法規為目的之國家，其行政法院，固得依職權審理當事人所要求以外之事項，並得依一己之見解，而為法之宣判。從之即於原告不利之判決，亦得為之。反之，在以保護權利為目的之國家，僅依當事人之起訴，始行使其職權，從而審判之範圍，亦為當事人之要求所拘束。凡非當事人所要求之事項，不得審理之。

惟所謂行政審理，為原告之要求所拘束，僅其審理範圍，受其拘束而已。至容認其要求與否之理由，則不受其拘束，法院得以自認為正當者，而採取之。又原告之要求，通常固記載於起訴之陳述中，即其中不為明白記載，而自起訴事實及理由觀察，苟有可認為原告之要求者，亦得依職權而認定之。

(乙) 法律問題及事實問題之審理

行政訴訟之審理，應先查明於原處分有關之事實，然後決定與此有關之法規之適用。前者稱事實之認定或事實問題之審查，後者稱法律之適用或法律問題之審查。行政訴訟之審理，與訴願同，得及於法律問題與事實問

題，已於前述。

關於法律問題之審理，次之三點，應為注意：(1)「自由裁量問題，不屬行政審判之管轄，」迭如前述。以故屬於行政官署自由裁量之事項，行政法院，不得審理之。(2)所告爭之行政處分，以他行為為基礎，或與他行為相合而完成其效果者，若他行為亦未有形式上之確定力，故就他行為之違法與否，亦得審理之。(3)所告爭處分之基礎之他行為，或與之相合而發生效果之他行為，若為根本無效者，苟在審判上未判為有效，行政法院，仍得審查其為有效與否。

(丙) 權限之決定

「行政法院，受理訴訟之權限，得以職權裁定之。」(行訴第五條。)蓋行政法院，為全國最高行政審判機關，於審判上，不受任何機關監督，凡所起訴事件，是否屬其審理，自得以自己職權裁定之也。

(四) 審理之方法

關於行政訴訟審理之方法，行政訴訟法中，規定甚為簡單，其未規定事項，均須依據同法第二四條，準用民事訴訟法，以決定之。但民訴中三大原則：(1)言詞審理主義 (Mündlichkeitsprinzip) (2)當事人陳述主義 (Verhandlungsmaxime) (3)當事人進行主義 (Dispositionsmaxime)，於行政訴訟中，不能同樣適用之。蓋亦以行政訴訟，為行政事件之訴訟，行政事件，與民事事件不同，非私人相互間之私權爭訟，而為有關公益之國家

作用。其訴訟審理之方法，自不得不與民事訴訟，各異其趨也。茲與民事訴訟比較觀察，申述其審理方法如左：

(甲)言詞辯論主義與書面審理主義

民事訴訟之審理，以言詞辯論主義為原則，而行政訴訟之審理，則以言詞辯論與書面審理 (Schriftlich-
recht) 兼並行之。例如關於訴訟要件之審理，單就訴狀審查決定，固不待論。即經要件審查後，而入於本案審理時，通常亦得為書面審理。即依行政訴訟法規定：「行政法院，受理行政訴訟，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。」「被告答辯，應具副本；行政法院，應將答辯副本，送達於原告。」「行政法院，認為必要時，得限定期間，命原告被告，以書狀為第二次之答辯。」「被告之官署……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，逕為判決。」「行政訴訟，就書狀判決之……」(行訴第十二條至第十六條。)

祇「行政法院，認為必要，或依當事人之聲請，得指定日期，傳喚當事人及參加人，到庭為言詞辯論。」「當事人及參加人，於言詞辯論時，得補充書狀，或更正錯誤，及提出新證據」(同法第十六條第十七條。)但於此場合，亦不以言詞辯論為絕對必要，如原告或參加人不到，或「被告之官署，不派訴訟代理人者」，行政法院，仍得以職權調查事實，逕為判決(同法第十六條。)此時不到庭之一方，對於缺席判決，不得為妨訴之抗辯。蓋行政訴訟，與民事訴訟不同，其書面陳述，即有為辯論之效力，而行政法院之缺席判決，亦未必即於缺席人為不利也。

(乙)當事人陳述主義與職權審理主義

民事訴訟中關於憑證之決定，採取當事人陳述主義。即審判上所應斟酌之事實及證據，全依當事人之陳述而決定，於當事人所陳述之範圍外，法院不為亦不得積極調查審理。行政訴訟，固亦以當事人之陳述，為主要材料，但不為當事人之陳述所拘束，於某程度，採用職權審理主義（*Untersuchungsmaxime*），即於當事人陳述範圍之外，亦得以職權而調查審理之。依行政訴訟法規定：「行政法院，認為必要時，得傳喚證人或鑑定人。」證人或鑑定人，（1）受行政法院之傳喚，無正當理由不到場者；（2）不陳明拒絕之原因事實，而拒絕證言或鑑定，或以拒絕為不當之裁定已確定後，而仍拒絕證言或鑑定者，行政法院，得以裁定，科以五十圓以下之罰鍰。「行政法院，得指定評事，或囑託法院或其他官署，調查證據」（行訴第十八條第十九條）。惟行政訴訟中之職權審理，與刑事訴訟所審之職權審理，又屬不同。其職權審理，祇行政法院，依自由心證，認為必要時為之，非在一切場合，皆有其必要。如訟中理事實，認為無何疑義，固可不為職權調查。即當事人提出之證據，認為不充分時，亦可逕駁斥之。簡言之，其職權行使，乃行政法院之權能，而非其義務也。

(丙)當事人進行主義與職權進行主義

關於訴訟程序之進行，在民事訴訟中，原則任於當事人之意思，法院不為積極干涉，即採所謂當事人進行主義。行政訴訟反是，採取職權進行主義（*Offizialmaxime*），其訴訟程序，完全依行政法院之職權而進行之。如上

述關於答辯期間之限定；言詞辯論日期之指定；被傳之當事人或參加人不到庭時，訴訟程序不為中止等諸點，即皆依據此主義也。

(五) 本案以外之審理

當事人於行政訴訟審理中，即就本案以外之事項，亦得提出請求。其得請求事項，有屬性質上當然發生者，與為法律所規定者之別。前者即因訴訟要件之欠缺，代理人代理權之欠缺，或該訴訟已繫屬於他行政訴訟中等，當事人一方請求訴訟駁回，即所謂妨訴之抗辯是。後者則當事人關於程序上之請求是。「關於行政訴訟程序上之請求，由行政法院裁定之」(行訴第二〇條)。

(六) 審理之中止

行政訴訟審理程序之中止，與民事訴訟中之訴訟程序中止相當，即為候待先決問題決定之中止。依民訴第一七八條(新法第一八二條)規定：「訴訟全部或一部之裁判，以他項訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得命在他項訴訟終結以前，中止訴訟程序。」行政訴訟法中，雖無是項規定，而為相互尊重國家機關權威，及避免判決互相衝突計，自得準用同一原則。惟依此原則，行政訴訟審理程序之中止，亦非法律上所必要，其中止與否，行政法院，得以自由裁量而決定之。

第三項 行政訴訟之判決

(一) 判決之觀念

判決名詞，有廣狹不同之意義。在廣義上，泛指法院之意思表示，依其表示內容而發生一定之法律效果者而言。於此意義，則行政訴訟法中所謂判決及裁決，概得包括在內。尤其依行訴第十一條，因認為不應提起行政訴訟（實質的要件不備，）或違背法定程序，而為駁回之裁定，其實質有類判決。但行訴中所謂判決與裁決，在形式上有所區別。裁決通常不須一定方式，現時行政法院慣例，為求程序之簡便計，且已改裁定為批答，以免當事人之守候（註二八）。至判決應作成判決書，並僅就本案之裁判為之。故行政訴訟法中所謂判決，應作狹義解釋，僅指對於本案所為之裁判，且具判決之形式者言之。

(二) 判決之種類

(甲) 依於內容之分類

本案之判決，依其內容，可分請求駁回之判決與請求容認之判決。

(1) 請求駁回之判決

請求駁回之判決，即認訴訟為無理由之判決。依行政訴訟法第二一條下段規定：「認起訴為無理由者，應以判決駁回之，其附帶請求損害賠償者亦同。」請求經駁回後，所告爭之處分或決定，其效力遂告確定。即本來為無效者，至此亦確定為有效矣。

(2) 請求容認之判決

請求容認之判決，即認訴訟為有理由之判決。認訴訟為有理由之判決，更得別為三種，(1) 宣告之判決，即宣告所告爭之決定或處分，為無效之判決。(2) 撤消之判決，即將所告爭之決定或處分，全部撤消之判決。(3) 變更之判決，即將所告爭之決定或處分為變更之判決。變更判決，又有三種之別：(a) 將所告爭之決定或處分，撤消其一部，(b) 撤消決定或處分，而另以他種行為代之。(c) 撤消決定或處分，而命行政官署，更為他種行為。(1) 之宣告判決與(2) 之撤消判決，與前述處分之無效宣告與撤消相當，在理論上各有區別，而在實際上，亦同以撤消稱之。

認訴訟為有理由時，除為撤消變更外，其附帶請求損害賠償者，並應為損害賠償之判決（行訴第二十一條上段）。

(乙) 依於性質之分類

本案之判決，依其性質，可分確認判決，形成判決，及給付判決三種。

(1) 確認判決

確認判決 (Feststellungsurteil)，即確認一定行政關係存否之判決，其確認存在之判決，另稱積極的確認判決，確認不存在之判決，另稱消極的確認判決。右述請求駁回之判決，即後者是；宣告無效之判決，即前者是。

(2) 形成判決

形成判決 (Gestaltungsurteil, konstitutivurteil, Verwirkungsurteil) 即變更既成之行政關係，而設定新之關係之判決。形成判決，亦有積極的與消極的之別。右述之撤消判決，及變更判決中之(a)，即後者是變更判決中之(b)，即前者是。

(3) 給付判決

給付判決 (Leistungsurteil) 即命行政官署，為一定行為之判決，右述變更判決之(c)，及損害賠償之判決，即屬於此。

(三) 判決之方式

關於判決之方式，行政訴訟法中未之規定，亦應準用民事訴訟法，以決定之。準此，則判決應作成判決書，記明下列各款事項：(1) 原告姓名，年齡，住所或居所，原告為法人或其他團體者，其名稱及事務所；(2) 原告之法定代理人及訴訟代理人姓名，住所及居所；(3) 被告人之官署；(4) 參加人之姓名，住所或居所；(5) 主文；(6) 事實；(7) 理由；(8) 法院事實欄內應記明書面審理或言詞辯論時當事人之聲明，意見，及法律上之意見。為判決之評事，應於判書內簽名。評事中有事故不能簽名者，由審判長附記其事由；審判長因事故不能簽名者，由資深陪席評事附記之。(參照民訴第二一七條第二一八條，新民訴第二二六條及第二二七條。)

判決原本，應自判決作成之日起，於五日內，交付法院書記官。書記官收領判決原本後，應作成正本，於十日內送達（民訴第二一九條第二二〇條新民訴第二二八條第二二九條）。

（四）判決效力

（甲）判決之確定力

（1）形式上之確定力

判決之形式上確定力，即其判決已不得依法律上救濟方法，更爲爭訴之謂。行政法院爲始審而兼終審機關，其判決在形式上，通常即爲確定，自無待論。但我國之行政訴訟，與民事訴訟同，認有再審制度。如判決有法定事由之一時，得以再審之訴，對於確定判決，聲明不服（行訴第二二條）。惟再訴期間，既已經過，或再訴後，又經確定判決者，其原判決或再審判決，遂有形式上之確定力矣。

（2）實質上之確定力

判決之實質上確定力，即依判決就某行政關係所爲之決定，無論何人，已不得再爲變更之謂。在民事判決，爲保持民事關係之安定，及避免同一事件之翻復計，認有所謂既判力，即實質上之確定力。關於行政判決，是否適用同一原則？尙有疑義。歷來多數學說，一致採積極說。惟行政關係，與民事關係不同，其基礎情形，不斷變更，行政法之適用，爲求適合公益計，亦須應順情形，而爲變更。故行政判決，在實質上非有絕對的確定力。凡爲判決所確定之一

定事項，因以後有新事由發生，而再為訴訟標的時，可不視為同一事件，而更審判決之。

(乙) 判決之拘束力

行政法院之判決，就該當事件，有拘束關係各方面之效力。即(1)有關係之各行政官署，就該事件，不得為與判決不同之處置。(2)原告及參加人或其他關係人，就該事件，不得請求與判決不同之處置。行政訴訟法第四條，僅謂行政法院之判決，有拘束各關係官署之效力，而不及於其他之人。蓋亦以其他之人，當然受其拘束，而不待於規定耳。但所謂判決之拘束力，僅就已受判決之該當事件而言，其他同類事件，並不受何等影響。在此點上，判決之拘束力與所謂既判力，顯然有別。

(丙) 判決之執行力

行政法院判決之內容，如係命受拘束人，為一定之行為者（給付判決），須將其判決，另執行之，惟行政訴訟常以行政官署為被告，而不以私人為被告。其須執行場合，被執行人常為被告官署，而非私人。而對於官署之執行，當以監督權之發動，為最妥當。故行政訴訟法第二六條規定：「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。」

第四項 行政訴訟之再審

(一) 概說

行政訴訟，與民事訴訟相同，認有再審制度。再審（Wiederaufklage des Verfahrens）二者，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，謂之再審事由。再審事由，即以判決之根本上有重大瑕疵，而依法律，得請求再審之事由屬之。原行法院之判決，與其他法院之判決相同，既經確定之後，以不得請求撤消為原則。然訴訟程序或判決之根本上，有重大瑕疵時，亦使其判決絕對不能撤消，於理未免失當。且行政審判，為一級制，當事人如有重大理由，尤非使得要求再審，不足以資救濟。故行政訴訟，較之其他訴訟，尤有承認再審之必要焉。

（二）再審之事由

依行政訴訟法第二二條規定：有左列情形之一者，當事人對於行法院之判決，得向該院提起再審之訴：

- 一 判決法院之組織，不合法者；
- 二 依法律應迴避之評事，參與裁判者；
- 三 當事人之訴訟代理，不合法者；
- 四 參與裁判之評事，關於該訴訟，違背職務，犯刑事上之罪者；
- 五 當事人之代理人，或他造，及其代理人，對於該訴訟有刑事上應罰之行爲，影響於判決者；
- 六 為判決基礎之證物，係偽造或變造者；

- 七 證人鑑定人或通譯，就爲判決基礎之證言，鑑定或通譯，被處僞證之刑者；
- 八 爲判決基礎之刑事判決，及其他裁決，依其後之確定裁判，已變更者；
- 九 當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決，或得使用該判決者；
- 十 當事人發見在裁判上可受利益之新證物，或得使用該證物者。

前項第四款至第七款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者爲限，得提起再審之訴（參照民訴第四六一條新民訴第四九二條。）

（三）再審之訴之提起及裁判

再審之訴，僅當事人或繼承原告爲當事人之人，始得提起。參加訴訟之第三人，不得提起之。

再審之訴，應於六十日內提起之（行訴二三條。）其期間之起算，與前述起訴之期間同。但自行政訴訟之性質觀之，民訴四六四條第二、三項之規定，於此不能準用。

準用民訴第四六五條規定，再審之訴，應以訴狀載明下列各項，提出於行政法院：（1）當事人及法定代理人，（2）聲明不服之判決及提起再審之訴之陳述，（3）請求廢棄原判決，及就本案如何判決之聲明，（4）再審之理由。

再審之訴，如行政法院，認爲不合法或顯無再審理由者，應以裁定駁回之。雖有理由，如認原判決爲正當者，應

以判決駁回之。本案之裁判，以聲明不服之部分爲限（準用民訴第四六六條至第四六八條第一項。）

第四節 行政上之損害賠償

「無過失則無賠償責任（Kein Uebel ohne Schuld）」是爲羅馬法中確定原則，亦即近代立法上主要原則之一。近代公法，受其影響，亦以行政上之侵權行爲，申言之，即公務員因執行職務，違法侵害他人權利行爲，須由有過失之公務員，自負賠償之責；在選任公務員之國家或自治團體，不負任何責任。顧自十九世紀末葉以來，國家公務，日趨繁曠，法規所定，亦愈完密，從而公務人員違法侵害他人權利行爲，勢亦不免逐漸增加。於此情況之下，單以舊有過失責任原則，已不能充分保護國民之利益。爲應此種實際需要，學者乃主張行政上之侵權行爲，除公務員個人應負賠償責任外，國家或自治團體，亦應同負其責。然此種主張提出之始，關於國家或自治團體責任之根據及範圍如何，公務員與公法人兩方責任，究以孰者爲主，孰者爲從，學者議論紛歧，莫衷一是。迨制定法頒布，或解釋確定，以公法人原則上須負直接損害賠償責任（*primaere Haftung, responsabilité prémaire*）其說乃寢（註二九）。

我國現行法上，關於行政上之侵權行爲，亦略認有公務員與公法人之二重賠償責任（*Règle de cumuli des responsabilités*）。關於公務員，就中官吏個人之賠償責任，業於前述，可不復贅。茲就國家及自治團體之責

任，另述如次。

國家或自治團體之損害賠償責任，應分別私法關係中之責任與公法關係中之責任論之。

(一) 私法關係中之責任

國家或自治團體爲公法人，其生活關係，原則爲公法關係，私法不能適用。然公法人，除爲公法上之作用外，亦爲私法上之活動，如爲私經濟上行爲，卽其最著者也。故國家或自治團體，於某限度，亦受私法支配。從而其機關之違法行爲，於某範圍，亦應受民法之適用。公務員執行私法上職務，侵害他人權利，因而發生公法人賠償責任場合，解釋上以次之三者屬之。(1) 依民法關於法人責任之規定，而負賠償責任之場合。國家或自治團體，於私法關係中，亦法人一種，而應受民法之支配，既如上述。故德國民法，特明定關於法人賠償責任之規定，於國庫及公共團體準用之（參照德民第八九條及第三一條）。我民法雖無此明文，解釋上要亦不能外是（註三〇）。蓋公法人與公務員之關係，爲機關關係，非私法上之僱傭關係，亦非私法上之委任關係，其關係在私法中，祇能以關於法人之規定規律之耳。依民法第二八條類推解釋，官公吏因執行職務所加於他人之損害，國家或自治團體，應與該行爲人，連帶負賠償之責任。惟本條與第一八六條，有聯帶關係，其各人責任，尙應分別定之：(a) 在公務員，以有故意或過失，且不能依第一八六條免責爲限，始應與國家或自治團體，負連帶責任。(b) 在國家或自治團體，以能指明特定公務員，爲有故意或過失爲限，始與該公務員連帶負責，否則由其單獨負責。要之，在兩方負有連帶責任場合，被害人

得向雙方或任擇其一，請求賠償，至國家或自治團體，與該公務員之內部關係如何，則應依後述關於求償權之原則決定之。(2)依民法第一八八條，以僱用人而負賠償責任之場合。現行法上，國家或自治團體，除選用公務員外，並聘用或僱用各種員工差役，此等員役，與國家或自治團體間之關係，為私法上之僱用關係，而應受民法之適用。故官公署所僱用之員役，因執行職務，而違法損害他人之權利者，依民法本條規定，應由行政主體與行為人，連帶負損害賠償責任。但官公署選任受僱人，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，得免除其責任。(3)依民法第一九一條，以土地工作物所有人，而負賠償責任之場合。凡公務員，於職務上所管理之土地上建築物，或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，該工作物所有人，或占有人之國家或自治團體，應依民法本條，負賠償責任。如因火藥庫之爆發，學校校舍之崩壞，道路上危險豫防裝置之欠缺，及都市中自來水管之破裂等，致損害他人之權利，即屬其例。但公務員對於防止損害之發生，已盡相當之注意者，得免除其責任。

(二)公法關係中之責任

公務員因執行公法上職務，與第三人所生之關係，為公法關係。公法關係中所生國家或自治團體之責任問題，應受公法支配，不能適用私法，固無待論。但我國國法中，關於公法關係中之國家或自治團體之損害賠償責任，猶無一般規定，僅有次列各條之斷片規定而已。(1)「行政訴訟，得附帶請求損害賠償（行政訴訟法第二條）」

(2) 關於土地及其他定着物之登記，「因登記錯誤，遺漏或虛偽，致受損害者，由地政機關，負損害賠償責任……」
(土地法第三九條。)(3) 「警官警士，執行職務時，非遇左列情形之一，不得使用刀或槍……」(警械使用條例第三條。)
「非遇有第三條各款情形之一而使用刀或槍者，由該管長官懲戒之；其因而傷人或致死者，除被害人由國家給予醫藥費或撫卹費外，加害之警官警士，應依刑法處罰(同條例第九條。)
以上各條，除關於土地登記及警械使用，以特定場合為限，規定由國家負責外，僅行政訴訟法第二條第一項所定，其包括範圍，稍形廣泛。但本條規定，仍未能將公務員於公法關係中，侵害他人權利之一切場合，皆包攝之。蓋行訴第一條規定：「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，三十日內不決定者，得向行政法院，提起行政訴訟。」則(1)人民因提起行政訴訟，得附帶請求損害賠償者，僅以行政官署之處分為限，自治公署或公所之處分，不得提起之。因我國國法中，所謂行政官署，乃 *Statsbehoerde* 一種，非泛指 *Verwaltungsbehoerde*，自治機關，並不包含在內也。(2) 即就國家行政範圍而論，所謂官署之違法處分，在行政訴訟法或訴願法中，其觀念雖較普通所謂行政處分，包括猶廣，但仍未將國家公務員所為各個侵權行為，盡包括之。因公務員之侵權行為，未必盡成官署違法處分，而得為訴願或訴訟之標的也。(3) 對於官署之違法處分，提起行政訴訟，須經過再訴願；未經再訴願，或經提起訴願或再訴願，而訴願官署，已將該違法處分，撤消或變更之者，被害人縱有損害，已得不提起行政訴訟，及請求損害賠償。因依行訴第二條規定，惟提起行政訴訟時，始得附帶請求

賠償也。綜上觀察，我國現行法中，對於行政上之侵權行為，得直接請求國家或自治團體賠償者，殆不過九牛之一毛耳。故我國法制上，關於國家或自治團體直接賠償責任之原則，既未完全確立；而得直接向國家請求賠償之範圍，與民法第一八六條規定，以公務員之侵權行為，原則得向其個人請求賠償者比較，亦覺相差甚巨也。

查此次立法院所草成之憲法草案中，依戰後歐洲若干國新憲法之例，設有關於國家賠償責任一條規定，茲可附帶述之。依該草案第二六條：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律懲戒外，應負刑事及民事責任；被害人就其所受損害，並得依法律，向國家請求賠償。」本條對於公務員之違法行為，定有公務員個人與國家之雙方責任，可為分別言之。先就公務員個人之責任而言，依本條上段規定：「公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律懲戒外，應負刑事及民事責任。」其所謂違法侵害，既無「因執行職務」之限制，又無如德國憲法第一三一條，「於行使所擔任之公權力」之規定，似將公務員於職務上並職務外，及私法關係中並公法關係中之一切違法行為，概包括之。將公務員一切侵權行為，在憲法中籠統規定，使公務員負其責任，除對司法官表示，若不依民法判決，不特違反普通法律，抑且違反憲法外，殊覺無甚意義。至公務員之懲戒，刑事及民事三種責任，本非有互相排斥性質，今在憲法中重申其義，亦覺無其必要。其次，依本條後段規定：「被害人就其所受侵害，並得依法律，向國家請求賠償。此時被害人得向國家請求之賠償，依理僅以公務員於職務上所加之侵害為限，職務外之侵害，不應亦使國家負責，所不待論。而本條後段，承上段之後，未加明白限制，解釋上或者不生問題，而立法技術上，終

覺有所未妥。又其所謂並得「依法律」向國家請求賠償，與德憲直接宣示現實法規者不同，而僅宣示立法方針，殆與芬蘭憲法第九三條第三項所定近似。此種間接規定，除表示將來得以新立法，擴充國家之賠償責任外，於現行之實際，可謂毫無增益。要之，本條上段規定，徒以贅疣，而後段規定，則覺太空洞耳。

(三) 內部關係

在二重賠償責任制度之下，被害人得就公務員或國家，任擇其一，請求賠償。而為確實取得償金計，得向國家一方面請求之。既向國家取得其償金後，在公務員，即得對被害人，免除其賠償義務。但此僅就外部關係而言，在內部關係中，公務員對於國家，依理仍應負其償還賠償金之義務。故各國法例，咸認國家或自治團體，對公務員有求償權。我國現行法中，無此明文規定，且所認國家賠償責任之範圍甚狹，是否適用同一原則，解釋上亦有疑問。依余所見，就此問題，應分別左二情形論之。

(甲) 過失責任人不明之場合

國家之賠償責任，原不以公務員之故意或過失為必要，但有違法侵害事實，縱不能證明其違法侵害，出於誰人之過失，或不能推定出於誰人之過失，亦應負其賠償之責。於此場合，既不能判明誰為過失責任人，則國家對被害人為賠償後，不能向誰人請求補償，殆無疑義。

(乙) 過失責任人判明之場合

法律上承認國家賠償責任之原則，除完全屬於結果責任之場合外，並帶有確保被害人取得償金之目的，使被害人不得因公務員之無支付能力，遂不得受其賠償。故引起違法侵害之事實，係出於公務員誰人之故意或過失，正確判明之場合，國家既為賠償之後，對該公務員，應認為有求償權。蓋於此場合，由國家賠償後，仍使該有過失之公務員，負財產上之補償責任，不特合於衡平原則，亦足以儆戒該公務員，勿蹈前愆，以收行政監督上之實效也。但因公務員之輕微過失，亦使負其補償義務，未免失之苛刻。故依前述關於民法第一八六條第一項後段解釋同一之理由，應以公務員有重大過失為限，始令負其補償義務，較於情理為妥（參照本書第三章第四節第五款第三項）。蓋公務員之輕微過失，乃其職務上或制度上，必然發生之危險，縱令公務員應受懲戒處分，終不宜令其負財產上之責任也。所謂重大過失，當以故意，或法之不知，及不可容許之法之誤解等，重大過失屬之，可無待贅（註三〇）

（註一）聲明異議（*Gegenvorstellung, Remonstrations*），即人民之權利或利益，受不法處分之侵害時，請求該當處分機關，為撤消或變更之謂。其性質上與訴願類似，祇聲明異議，常向原處分機關提出，與訴願之常向原處分機關之上級機關提出者，略有不同而已。關於聲明異議制度，現行法中，並無一般規定，僅就特種事項，間有規定（參照鄉鎮坊自治職員選舉及罷免法第十一條，縣參議會選舉法第十五條第二項，市參議會選舉法第十五條第二項，漁業登記規則第二四條第二五條，商業登記規則第二五條，商業登記規則第七條，商標法第二九條）。

（註二）現行法中，以行政事件，歸於普通法院之管轄者，以關於選舉之訴訟，及土地徵收之裁決等屬之（參照鄉鎮自治選舉罷法第三〇條，縣參選法第七章，市參選法第七章，土地徵收法第四五條）。

(註三) 司法院院字第六四一號解釋。

(註四) 院字第三一一號第三四七號解釋。

(註五) 院字第三三九號解釋。

(註六) 院字第三三二號解釋。

(註七) 故訴願又稱階級的救濟(*recours hiérarchique*)。

(註八) 行政院二二年第二一三二號訓令。按司法行政部二二年九月第二二五號訓令：當事人居住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。海里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，依照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。

(註九) 司法院院字第四二二號解釋。

(註一〇) 參照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。

(註一一) 二〇年十月行政院第四〇〇號指令。

(註一二) 參照行政院二二年第四四號批。

(註一三) 司法院院字第三四〇號解釋之(二)。

(註一四) 二〇年八月行政院第四二二三二號訓令。

(註一五) 司法院院字第六一七號解釋之(一)：「下級官署所爲之處分，雖呈經上級核准，仍認爲該下級官署之處分，得向上級官署訴願，上級官署亦不受曾經核准之拘束，仍得依法決定。」又同第五〇六號及第八〇八號解釋亦同。

(註一六) 司法院院字第三四〇號解釋之(一)：「受理訴願之官署，如以批或令，代決定書，自屬形式不備。若人民提起再訴願，則管轄官署，仍應受理，並令補作決定書，呈送審查。」

(註一七)一九年四月五日行政院訓令第一三二九號，即訴願案件送達書類辦法。

又司法院院字第五〇六號解釋之(二)：「訴願之決定，依法應作成決定書，如未送達決定書，不能謂已經過訴願之程序。」

(註一八)院字第七一六號解釋。

(註一九)院字第三四〇號解釋之(三)。

(註二〇) Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, T. 2. p. 312 et suiv. 但實際制度，每具此兩性質，如民事審判，雖原則為主觀的審判，而和解、確認及關於非訟事件之判決等，有客觀的性質。又刑事審判，雖為極顯明之客觀的審判，而對於私訴之判決，則有主觀的性質。

(註二一)權利說為裴爾所首唱 (Baehr, *Rechtsstaat*, 1864) 德國學者舒泰因、薩爾衛、普爾采、徐密脫 (Schmidt)、劉甯、斯丁格爾 (Stengel)、柴德爾、格路脫 (Gruh) 等皆宗師之。該阿格梅也曾目以為通說。

(註二二)「自由裁量問題，不屬行政審判之管轄 (Esmessenfragen unterstehenden nicht der Zuständigkeit der Verwaltungsgesichte)」此項原則，探行政審判制度各國，一般皆採取之。如法國在立法上，雖無是項積極明文規定，而判例學說中，向設有訴訟事項與純粹行政事項之區別。其學說中，多以侵害人民權利之一切行為，應歸於行政法院審判，其僅侵害人民之利益者，則應留諸行政官署，自決定之。蓋亦以行政法院專以審判行政行為之適法性問題為其任務，至於當與不當、巧拙、便否及公正與不公正等問題，非其所能干涉也。(Daresle, *Justice administrative in France*, p. 218 et suiv.; Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 1887, T. I, p. 50 et suiv.; Aucoc, *Conférence sur le droit administratif*, 3^{ed.} T. I, p. 486; Maureau, *ibid.* p. 230.) 但狄驥氏對於此等區別，獨否認之 (Duguit, *L. Transformation d. d. p.* 205.)

德意志各邦中，如威丁堡、巴依倫、巴登、撒克仙及普魯士等，設有行政法院者，其立法上，咸直接間接設有此項原則規定。Wuerttemberg, *Verwaltungsrechtspflegengesetz*, Art. 13; Bayerische *Verwaltungsrichtsgesetz*, Art. 13; Baden, *Verwal-*

ungerechtpflegegesetz, §4. Absatz 4; Verwaltungsrechtspflegegesetz fuer des Koenigs, Sachsen §76; Preussisches Landesverwaltungs-gesetz von 1883, §127.) 僅普魯士之普通行政法第一二七條關於警察事件之規定，以行政審判，似得稍涉自由裁量問題。學者因有以此為根據，遂謂德在立法上，行政法院，亦得干涉自由裁量之一部。然一般學說，則以行政審判之權限，僅以關於適法問題為限。

奧國一八七五年之行政法院設置法，關於此項原則，亦有明文規定。即其第三條謂：「行政法院，對於行政官署，因違法決定或處分，致損害權利之事件，得為審判；但行政官署，得自由裁量處分之事件，無管轄權。」奧國之行政法院，為訴願決定之上訴機關，有廢棄院之性質，凡所審理，僅以法律問題為限。其確守此項原則，自屬必要。

日本行政審判制度，模自普奧二制。關於自由裁量處分之審判問題，原亦同其解答。日本初在明治十八年之行政訴訟法案中，設有次之注文：「屬於行政廳自由裁量之處分，於其所有裁量權之限度內，不得為行政訴訟之標的。」（第十五條）。現行行政裁判法中，未加明定。僅明治二三年法律第一〇六號，關於行政訴訟事項之規定，有「違法處分之限定而已。但彼邦學說判例，以對不當處分，不得提起行政訴訟，自始即經確定」（參照伊藤博文著，帝國憲法義解，一〇二面以下；美濃部達吉著，日本行政法，總論，明治四二年版，八三四面及八四一面以下）。

（註二三）爭訟事件，出訴於行政法院以前，應否經過行政上之覆查程序，各國法律，並不一致。法國原則無是限制，得逕訴於行政法院。德意志諸邦，依事件種類，設有差別。或使先以純粹行政程序審理，至最終審，乃使訴於最高級之行政法院，或使自始訴於最下級之行政法院，如不服其判決，則按級遞訴於上級審。奧國行政審判組織，採一審制，不認有下級行政法院。凡未提起行政訴訟以前，概須經過訴願，迨訴願途窮，始得訴於行政法院。日本行政審判制度，大旨近於奧制，但起訴前，未必須經訴願，祇地方下級行政廳之違法處分，須先經此種程序而已。此之一點，毋寧近於德制，尤其近於普魯士之制度。我國現制，限定起訴以前，概須經過訴願程序，蓋獨倣奧制也。

（註二四）當事人訴訟，為威丁堡及撒克仙等邦所認有，參照 Wuerttemberg, Vps, Art. 10, Saechs, Vps, §21. u. a. m. 又日本行政

訴訟法案中及行政裁判法改正綱領中，亦認有之。參照同法案第三七條及同綱領第一之(乙)。

(註二五) 德意志諸邦有爲避免官署爲被告，及爲公益辯護起見，設有特種官吏，如巴依倫於行政法院中，設有特別之檢察官，威丁堡等邦，設有所謂公益辯護委員 (Commissare fuer Wahrnehmung des oeffentlichen Interesse)。但實際上與以官署爲被告，並無差異。日本除認官署爲被告，而官署長官，得使其屬吏爲代理外，並認主管部長，得派遣委員，出庭爲公益之辯護。但此種公益辯護委員，實際上甚少用之。(參照美濃部達吉著，行政裁判法，二一五面。)

(註二六) 二二年一月二月司法院指令指字第三五九號。

(註二七) 行政訴訟一切訴狀，由司法院製造頒發，依下列規定徵費：(1) 訴狀五角，(2) 答辯書五角，(3) 代理人委任書五角。至鈔錄費，每百字徵收一角，不滿百字者，亦按百字計算。繕譯費每百字徵收二角，不滿百字者，亦按百字計算。送達裁定書，判決書，及其他關於訴訟之文件，每件徵收送達費一角，其由郵局送達者，按其郵費實數徵收。但行政訴訟，此外，不收審判費，其附帶請求損害賠償者亦同。(參照行政訴訟費條例)

(註二八) Cot, La responsabilité civil des fonctionnaires publics, 1922; Duez, La responsabilité de la puissance publique, 1927; Fleiner, Institutionen, S. 265ff.; W. Jellinek, VR. S. 310ff.

(註二九) 陳瑾昆著，民法通義債編總論，一一〇面。

(註三〇) 范揚著，行政上侵權行爲之二重損害賠償責任問題 (國立中山大學社會科學論叢季刊，第二卷第一號)

第六章 自治行政

第一節 通論

第一款 自治之觀念

自治之意義，學者見解不一，其故要因各國制度不同所致。考近代自治制度，最早發達於英，自英傳入歐陸諸國，別具系統，遂以構成二大趨勢。因之自治之觀念，亦可大別爲二：一曰廣義之自治，一曰狹義之自治。

(一) 廣義之自治

廣義之自治，即以非專務職吏員，管理國家公務之謂。非專務職，又稱名譽職，即除該職之外，得另有本業，不受國家俸給，並不受官吏之待遇者也。以公民任名譽職，參與國家公務，即廣義之自治，亦名公民自治(Bürgerliche Selbstverwaltung)。英人之自治(self-government)觀念，即屬於此。此意義之自治，範圍甚廣，初不以行政方面爲限，即立法司法方面，亦得見之。如以國會議員，參與立法，以陪審員，參與司法，皆屬其例。蓋英人極早有一種自由思想，以爲一切國政，皆須人民參與行之。此種思想，殆表現於全國政治組織。除中央政治，姑置不論外，關於地方

政治，亦有同一趨勢，所謂地方自治 (local self-government)，即其地方人民，管理地方公務之義也。此自治之觀念，具有次之特質：(1) 以自治為直接執行國家公務之方法。(2) 自治目的上之事務，為國家自身之事務，非國家以外他獨立人格者之事務。(3) 處理自治事務之吏員，常為名譽職，而非專務職 (註一)。

(二) 狹義之自治

狹義之自治，乃以自治團體，管理自身公務之謂。此自治團體，為一獨立主體，於某範圍內，對國家保有獨立自營之權利與義務。故其自治，非所以執行國家公務，而為獨立人格者之團體，管理其自身之事務。此之自治，因又稱為團體自治 (koerperliche Selbstverwaltung)，歐陸之自治觀念，即屬於此。蓋歐洲大陸，其歷史與英國不同。當中世紀，本有自由都市，發達其間，祇自十五世紀，遭受官僚政治，強固集權之壓迫，其自由組織，暫歸消滅。降至近世，因自由思想之發達，與立憲政治之推行，始解放地方團體，確立自治制度。然其制度之設立，非出於人民自發之運動，而決於中央政府之計劃。因之，在中央與地方之間，自始即有事務之分配。其分配於地方團體者，除國家之行政事務外，並有為團體自身之利益，由其獨立而行之事務。所謂自治行政 (Selbstverwaltung)，即其自治團體，管理其自身行政事務之謂也。此自治之特質，如次：(1) 不以自治僅為國家行政之手段。(2) 自治目的上之事務，非國家公務，而為國家以外他獨立團體之事務。(3) 處理團體事務之吏員，得以官吏充之，初不以名譽職為限。

英國式之自治與歐陸式之自治，兩者各異其趨，已如右述。然其後因一方採取團體觀念，他方輸入名譽職制

度，兩者漸相接近。如英國之自治，本以名譽職吏員，直接執行國家政務。其後酌採團體自治主義，對於公民自治之區域，如州郡市等，亦認有法人資格，並使名譽職之職員，為其團體機關，掌理所屬事務。英國自一八三四年以來，為救貧、衛生及教育等目的，設立各種自治團體，即其改革之始也。他面大陸諸國，本以地方貴族官吏，執行國內獨立團體之事務。近亦改變主義，以民選議員，組織議會，為團體之主要機關，質言之，亦使地方公民，擔任自治行政事務。如德國自一八七三年，施行區制（Kreisordnung）以還，對於地方行政，加以名譽職之要素，即其仿行公民自治之始也。故今日在團體自治國家，同時已行公民自治，而在公民自治國家，同時已行團體自治。然此二種自治，形體雖漸相近，而根本上，仍各保有若干不同之特質焉。

我國現代之自治思想，大抵亦具兩者共通要素。惟二十年來，歷次所擬之自治制度，直接取法於日，間接取法於德，尤以採取大陸之團體自治主義，為較顯著。建國大綱，以「縣為自治之單位」，地方自治開始實行法，有謂：「地方自治團體所應辦者，則為……等事」。自此等之點觀之，蓋在訓政時期，亦以團體為中心，而特近於團體自治之思想也。

第二款 自治團體之性質

自治團體（Selbstregierungsgemeinde），或稱公共團體（öffentliche Körperschaft），為國內獨立團體一種，以管理公務即公共事務為目的，於某範圍，對國家保有獨立自營之權利與義務，已如前述。故自法律上觀

之，所謂自治團體者，乃於國家之下，以管理公共事務，為存立目的之法人也。析述之如左：

(一)自治團體者，公法人也。

非自然人而有法律上人格者，謂之法人。自然人自出生即有權利能力，而為法律關係之主體，可毋待述。社會上為法律關係之主體者，除自然人外，尚有團體。凡團體賦有法律上人格，即權利能力者，即為法人。自治團體，得享權利而負義務，故亦為法人一種。

惟法人有私法人與公法人之區別。關於兩者區別標準，學者主張不一。或以法律之公私為準，以公法所規定者，為公法人，私法所規定者，為私法人。然私法人，亦有依公法而設立者，此說不能成立，甚屬明顯。或以法律關係之性質為準，以團體對其構成員，有權力關係者，為公法人，非然者，為私法人。然命令強制，即在國家，亦不過為達成目的之手段，而非其作用之總體。至國內之公法人，則以公共事業之經營管理，為其主要目的；所謂權力作用，僅於狹小範圍內認有之，非其必不可缺之要素。此說亦不妥當。或以有無遂行目的之義務為準，以有其義務者，為公法人，非然者，為私法人。然公法人之事務，其遂行與否，有時得以自由決定。而受公營業特許之私法人，法律亦科有遂行目的之義務，此說亦不成立。此外，尚有主張以公益為目的者，為公法人，以私益為目的者，為私法人。此說不能成立，更勿待論。要之，公法人與私法人之區別，應以存立目的為準（註二），為最妥當；即以管理公共事務為目的者，為公法人，非然者，為私法人。自治團體，以管理公務，為存立目的，故亦為公法人。

惟一團體存立目的上之事務，是否爲公共事務，每不易於識別，隨之其團體是否爲自治團體，亦易發生疑義。就此問題，可依其團體對於國家及第三人之關係而決定之。蓋自團體所屬公共事務，原爲國家公務，乃因分權之結果，分授於其團體。因之，其團體關於事務之執行，須受國家之特別保護與監督，及由國家與以私人不能享有之特權。他而，其團體對於第三人，於其事務執行之際，亦生特別關係，與私人之處理私事，顯然有別。

(二)自治團體，以管理公務爲其存立目的。

凡設立一團體，必有一定目的，而僅於目的範圍內，得享權利而負義務。自治團體，以管理公共事務，爲存立目的，而公共事務，原爲國家公務，已見右述。考國家公務，除由國家自身之機關施行外，更分授於自治團體，使之爲自身目的處理。其理由約有二端：(1)使全國地方政治，等齊發達，以矯中央集權之弊。(2)使全國人民，習於地方政務，以爲立憲政治之基。關於此等理由，姑不申述。要之，因地方分權之結果，自治團體所分屬之事務，乃成其自身之事務，而非國家之事務。祇其事務，受之國家，間接仍爲國家事務，因之，同有公務之性質耳。

自治團體，以管理公共事務，爲其存立目的，與私法人，顯然不同。私法人雖有時亦受國家事務之委託，而管理特定之公務，然其團體，爲他種目的存在，不爲管理公務而存立。如經管國庫一部之私立銀行，雖亦管理公務，而非其存立之目的，故終不能謂爲自治團體。

(三)自治團體者，處於國家之下者也。

所謂處於國家之下，即受國家統治權之支配之意也。自治團體，一面受國家統治權之分授，為其作用主體，他面仍受國家統治權之支配，為其作用客體。蓋自治團體，為國家所設立，其事務有無完善執行，於國家有直接影響。故自治團體，常受國家之積極監督，而受國家統治權之支配。

第三款 自治團體之種類

自治團體，可依種種見地分類，茲依構成要素不同，別為地方團體，公共合作，及營造物法人三種。

(一) 地方團體

地方團體 (Kommunalverband, Gemeinde) 或稱地方自治團體 (local selfgovernment body) 以一定之土地與居民為其構成要素，即以國家領土一部，為其地域，對於地域內之居民，於國法所認許之範圍內，得有支配權之自治團體也。地方團體，尤以一定地域，為其基礎，為最主要之特色。蓋地方團體，存立於一定地域之上，得直接支配其地域。故在地域內居住逗留之人，皆須受其權力支配，又不僅居住逗留之人，即於地域內單有土地，家屋或營業所者，有時亦須受其支配。然地方團體，一面又有社團性質，在地域內受其權力支配之人，未必盡為其構成員。其構成員，另有一定，即以住民中有一定之資格者充之。如是以一社團而兼為地域團體，非性質上有所衝突，乃地方團體所有之特質耳。

地方團體，為地域團體一種，在此點上，頗與國家相似。然地方團體，處於國家之下，其自治權，且為國家所賦與，

與國家之有最高性者，固屬有別。

地方團體，得分普通地方團體，與特別地方團體二種，前者屬於普通行政系統，如現制中之鄉鎮是。後者屬於特別行政系統，如鄉鎮聯合，鄉鎮學校聯合是。

(二) 公共合作

公共合作 (öffentliche Genossenschaft)，以一定社員組織而成，單以一定之人，為構成要素。其為人的團體點上，與民法上之社團法人相似。但其目的，為國家所賦與，為公法人一種。學者因又名為公之社團法人。公共合作，其社員或依法律規定，當然加入；或以任意加入，服從團體權力。不論何者，合作與社員間之關係，在法律上，為特別權力關係，與地方團體與人民間，因居住逗留之事實，而當然發生一般統治關係者，異其性質。

公共合作，與地方團體不同，不以一定地域，為構成要素。雖公共合作中，如某市縣商會，某鄉鎮農會等，似亦存於一定區域之上者，然其對於區域之關係，與地方團體不同，其區域僅為確定社員資格之要件，非如地方團體，得直接支配其地域也。

地方公共事務，以由地方團體處理為原則。然有特種公務，其所發生利害關係之範圍，與原有地方團體之區域，往往不相吻合；且其事務之性質，亦以超越地域，結合利害關係較相切近之人，共同處理，為易達其目的。於此場合，乃須設立公共合作，以管理之。故公共合作，於自治行政中，原不過一例外組織。然人類活動，因經濟生活發達之

結果，漸次超地域；凡各人之業務相近者，漸有合作必要。所謂職能主義，漸將駕凌地域主義，故以業務相同，而組織之公共合作，將來必愈發達。我國目前可認為公共合作者，種類尚少，僅以商會，農會，及漁會等屬之。

(三) 營造物法人

營造物法人 (öffentliche Anstalt mit juristischer Persönlichkeit)，或名營造物自治體，即法律上具有獨立人格之營造物也。營造物法人，既無一定地域，亦無一定社員，而單以營造物，為其構成要素。其構成與財團法人相類，或可名為公之財團法人。營造物謂何，業於前述。凡營造物賦有獨立之人格者，即稱營造物法人。營造物法人，依其設立主體不同，得別為國家直屬之營造物法人與地方團體直屬之營造物法人。

一 營造物有無獨立人格，要依法規解釋為斷。德國國法上所謂 öffentliche Anstalt，及法國之所謂 établissements publics，多有公法上人格，而為自治團體一種。日本法律，無是規定，學者多指神社，以為其例。我國如官公立學校，郵政局，及鐵道等，可視為營造物者，皆國家或自治團體之行政手段，而非獨立主體。此外有無相當之例，在此法制未備之際，姑不速斷。

第四款 自治團體之組織

自治團體，為法人一種，自亦須有一定組織，以構成其意思，及表現其行動。惟自治團體，為國家所設立，其組織原則，為國家法律所定，祇於法律範圍內，得以自己意思定之耳。自治團體之組織，自其內部觀察，亦可析為若干單

位，其各個單位，即稱自治團體之機關，或自治機關。自治機關，可爲分類如次。

(一) 依於構成之分類

以構成爲準，自治機關，一面，可分全民機關與代表機關。前者以團體員全體構成，後者由團體員中，選出若干代表，以構成之。他面，可分合成機關與單獨機關，前者以多數人構成，後者以單獨一人構成之。前者又有合議制與獨裁制之別，與國家之機關同。

(二) 依於任務之分類

以任務爲準，自治機關，可分爲決議機關，執行機關，及其他各種。決議機關 (Abstimmungsorgan) 以決定團體意思，爲主要任務。執行機關 (Vollziehungsorgan) 以執行其意思，爲主要任務。此外尚有監察機關，調解機關等各種，以擔任各種事務，爲其任務。

(三) 依於權能之分類

以權能爲標準，自治機關，可分自治公署與自治補助機關。前者得決團體意思，並表示之於外部，即與國家機關中之行政官署相當。後者僅爲團體意思作成之準備，或爲既成意思之執行，即與國家機關中之補助機關相當。所謂自治公所，即由自治公署與其補助機關，所共構成者也。

考各國自治組織，有二不同主義。一曰機關對立主義，以決議機關與執行機關，互相對立，不相統屬。即原則上，

一方以地方代表機關，專司決議，不與執行。他方以獨裁制或合議制之執行機關，專司執行，不與決議。在此制下，雖亦由地方會議，選出特別之委員會，參與執行。但亦僅於執行機關之下，擔任補助機關而已。他曰機關單一主義，即原則上以人民代表機關，集中決議及執行之一切權限，不特自為議決，且設各種委員會，自任其執行。在此制下，雖亦有獨立之執行機關，如英國之市長者，但其職務不過代表團體，參加各種典禮，為裝飾之首長。平時則僅為單純委員，於決議機關之下，執行事務而已。單一主義，首為英國所採。對立主義，首為德法等國所採。美國各州，初始採單一主義，繼採對立主義，近更有採折衷主義，自成一例。我國舊時諸制，多採機關對立主義。現制中，鄉鎮民大會與鄉鎮長，一司決議，一司執行，在任務上，似有區別，但同時以鄉鎮民大會，為鄉鎮之最高意思機關，位於區鄉鎮長上，又類單一主義。論其形體，蓋亦一種折衷制耳。

第五款 自治團體之權能

自治團體，一面立於國家之下，受國家統治權之支配，他面自為權利主體，處理公共事務。自治團體，立於後之地位，除與私法人同樣，享有私權，及有為法律行為之能力外，並得依法律所定，享有公權，及有為公法行為之能力。其所有此種權能，統稱為自治權 (Selbstregierungsrecht)。自治權之範圍，依團體種類，頗有不同。就中以地方團體，所有最廣，其詳姑待再述。

國家對於自治團體，授與自治權能，約有二種方式。一曰概括授與主義，一曰各別授與主義。前者以法律概括

規定，凡與團體直接有利害關係之作用，以不與國家作用或上級自治團體之權限相衝突爲限，皆使得處理之。後者以法律各別指定，如興辦教育，即須有許其興辦之特別法律，募集公債，即須有許其召募之特別法律。凡未經特別法律所具體指定者，不問何種作用，不得任意爲之。

關於自治權能之授與，歐陸諸國，一般採概括主義。其法即於自治團體設立之始，以法律規定，授以一般權能，以後如有特別必要，更以法令指定，加以特別權能。因之屬其處理之事務，得分爲二：一曰固有事務(*eigene Wirkungskreis*)，一曰委任事務(*beauftragtes Wirkungskreis*)。前者又稱存立目的上之事務。蓋自治團體之事務，雖爲國家所賦與，而自治團體有獨立之人格，國家既以特定事務，爲其存立目的，則其事務已非國家事務，而爲其獨立人格者之事務矣。後者亦稱存立目的以外之事務，即於一般權能以外，由國家或他團體所特別委任之事務。特其事務，既受委任，取得權能以後，亦爲團體事務之一種耳。英美與大陸不同，就自治權能之授與，採各別主義。凡地方行政作用，概由國家立法機關，隨時各別指定，由自治機關，各別執行之。對於自治機關，初無概括事務之委任，爲其一般權能，而立法機關指定事務之內，亦無自身目的之事務與他主體目的之事務之區分。如英國之地方團體，雖亦得依 *private bill* 之制度，取得特有權能，爲其固有事務；而以依 *public bill* 所指定者，爲委任事務，以相區別。然 *private bill* 與 *public bill* 同由國會各別通過，非地方人民，於某範圍內，所能自由決定，仍有不同之點。我國無與英美相同之歷史，歷次所擬諸制，一般爲概括授與主義。現制亦然。

第六款 自治之監督

自治團體，雖有獨立人格，得以自己意思，施行各種事務，而其事務，直接間接受之國家，其施行是否合於目的，於授與者之國家，有密切之關係。故國家對於自治團體事務之執行，不可不有一種權力，以干與之。如自治團體有越權違法時，則矯正之，如義務上應為之事而不為時，則命令強制之。國家所有此種權力，即稱自治監督權，依此權力而為之作用，即自治監督作用。

自治監督，可分直接監督與間接監督。第一，直接監督，即由國家機關，直接所為之監督。依監督機關不同，又分行政監督與立法監督二種。前者由行政機關，以行政處分為之，如團體有非法行為，則為豫防或矯正之處分，吏員有背職行為，則為停職或解職之處分，以使服於行政官署之監督。後者由立法機關，以立法手段為之。即於各種情形，以立法手段，予奪其團體之權限，乃至廢止其團體，以使服於立法機關之監督。其次，間接監督，乃依權利受侵害人之請求，由國家審判機關，以救濟行為，間接所為之監督。依監督機關不同，亦可分為二種。一法院監督，即由普通法院，以審判行為為之。一行政法院監督，即由行政法院之審判為之。

大陸諸國，以由行政機關，直接監督為原則。蓋大陸諸國，自治權能，為國家概括授與，其事務應以若何方法施行，得由團體自由決定。而對於自治事務應如何決定施行，最能適切判斷並干涉之者，除上級之自治團體外，則莫以實現公益為使命之行政官署若也。英美反是，以由議會直接監督為原則。蓋英美以國會為萬能，自治權能，概取

決於議會。自治團體，欲得新之權能，既須訴之議會，而事務施行，如有違法不當，議會且得剝奪其權限。因之，自治機關之行動，自須受國會之思想與態度之限制矣。其次，關於間接監督，各國亦有不同。英美等國，無論何種訴訟，原則屬於普通法院管轄。故對於自治團體之間接監督，亦屬普通法院之權限。反之大陸諸國，普通法院與行政法院，分離獨立，公法關係之事件，原則屬於行政法院管轄。故對於自治團體之間接監督，亦由行政法院爲之。綜上觀察，凡由議會直接監督之國家，同時即由普通法院間接監督。而由行政機關直接監督國家之家，同時即由行政法院間接監督。我國自治制度，既近於團體自治，而行政法院，亦取分離獨立主義，故我國之自治監督，亦較近於大陸諸國。

第二節 沿革

第一 自民國成立至各省隸屬國民政府時期

(一) 中央頒布制度

民國初年之自治組織，溯源於清末立憲豫備時代。遜清末葉，國勢日蹙，新潮澎湃。朝廷僑於革命運動，乃爲立憲豫備。先以七年爲期，施行自治，計劃既定，於光緒三十四年十二月，頒布城鎮鄉地方自治章程，及城鎮鄉地方自治選舉章程。宣統元年十二月，更頒府廳州縣地方自治章程，及京師地方自治選舉章程。依諸制規定，以城鎮鄉爲第一級，府廳州縣第二級。第一級設議事會及董事會，第二級設議事會及參事會，各辦理各種公

共事務及委任事務。至於京師地方，除設與市類似之組織外，內部更劃為若干區，各為自治單位。其組織權限，與城鎮鄉同，蓋亦採二級制也。第施行未幾，國體變更，轉入民國，全國未臻統一，而軍馬倥傯，中央亦未有劃一制度頒行。於是省自為政，各將舊時城鎮鄉制度，稍加變更，次第設施，規模亦以粗具。

是時袁世凱執政，野心方熾，為謀帝制自為之地，於三年二月二日，通令全國，停辦各省及京師自治會，謂將頒行新制，至同年十二月二十九日，雖有地方自治試行條例公布，第恐自治成立，有礙帝制運動，復於翌年四月十九日，公布該條例之施行細則，使之分期緩行。依該條例規定，自治組織，為區之一級，區以縣分，每縣分設四區至六區，各設區董及自治會。但此制竟未實行，姑不詳述。

自民五帝制覆沒以後，自治制度，政府人民，雖皆視為重要，而屢經計議，久無成果。至八年秋，始由國會制定縣自治法，十年六月十八日，復公布自治施行細則，及縣議會議員選舉規則。此制施行稍久，當時縣議會情況，固猶存於一部人之心目中。依該法規定，採縣自治之一級制。縣自治團體，以縣之行政區域，為其區域，上承監督官署之監督，於法令範圍內，有處理下列事務之權：(1)教育；(2)交通、水利，及其他土木工程；(3)勸業及公共營業；(4)衛生及慈善事業；(5)其依法令屬於縣自治事務。關於住民之權利義務，及自治事務，得制定公約；關於執行公約，及縣財產、營造物及公共設備之管理使用，得制定單行規則。縣自治機關，有縣議會與縣參事會二種。縣議會為縣之決議機關，以人口比例，限制選舉，選出之議員組織，任期三年，以議決公約、規則，以及預算決算等，為其任務。

縣參事會，爲縣之執行機關，以會長一人，參事四人至六人組織。會長以縣知事兼任，參事由縣議會選出半數，餘由知事，就有縣議會議員被選資格者中委任之。其任務在執行縣會決議，辦理縣會選舉，管理財產，以及收支出入等。縣之自治經費，以縣財產之收入，公共營業之收入，及自治稅，使用費，規費，過怠金等充之。至於城鄉自治，十年七月三日，會以教令，公布市自治制及鄉自治制。市即城鎮改稱，分普通市特別市二種。其權限概視縣爲稍廣。普通市設市自治會及市長，市長以市董四人佐之。特別市設市自治會及參事會，參事會以市長，區董，名譽參事組織之。然此二制，亦未見實施。

此外，省之區域，亦曾有自治組織。當滿清末年，各省曾有諮議局，籌備自治。民國初建，即廢此制，而另以省議會代之。元年九月四日，公布省議會議員選舉法，二年四月二日，公布省議會暫行法。各省方在選舉議員，組織議會，於二年十一月，即遭袁氏令飭停辦。袁氏既沒，省議會相繼恢復。至十年六月二十三日，復公布省參議會條例，以省長及參議員組織，爲省自治執行機關。但此制亦未竟行。

(二) 各省單行制度

歷次中央頒發諸自治制，或全未施行，或施行而旋終止，以言成績，幾無足道，推厥原因，要因政治未上軌道所致。然社會發達，恆從時勢所趨，實際制度，有先國法而存在，如各省村里自治，即其一例。村里自治，始於翟城村制。翟城村在河北省之定縣，當二十年前，村有米鑑三者，正國人盛倡新學之際，即於本村，創立國民學校，半日學校，及女

子私塾三所。繼又增設高等小學，及女子兩等小學。不數年間，村民教育，遂以普及。其子迪剛，及留學日本，參觀各模範村歸國，遂繼述父志，與村民計議，草成村治組織大綱，試行自治。至民國三年，孫發緒來長定縣，甚為嘉許，賜以模範村之名，並頌揚於當道，推而行之四境。縣政為之一新，定縣亦得模範縣之名。按翟城村治組織，設村長一人，總理村之自治事務，村長之下，設村佐二人，以為助理。村內劃分八區，各置區長一人，於村長下，辦理區之自治事務。又為會議村之事務，設一村會，以村長，村佐及區長組織之。上列各項職員，皆由民選產出。定縣村制大綱，大略亦即仿此。但村內不分區設長，村長村佐，均由縣署直接委任之。

山西省，自民三以來，督軍閻錫三，刺取「韓信將兵，多多益善」之義，標榜用民政治。民國五年，適孫發緒以辦理自治有名，來長斯省，與閻氏相輔為政。孫氏到職後，即注意村治，雖未一年，以政爭去職，而自治基石，固已確佈於四境矣。自是閻氏自兼省長，繼續村治，改良編制，舉辦六政，強迫教育，提倡實業，不數年間，蔚為大觀。山西省自是亦獲模範省之榮譽焉。按該省自治制度，初於民國六年，頒布村制簡章，通常以百戶為村，村設村長副各一，由村民選出加倍人數，呈由縣署擇委之。七年四月，繼頒村編制現行條例，於村內更分閭鄰，以五戶為鄰，二十五戶為閭。各設閭鄰長一，由人民選舉產出之。同年五月，又頒縣地方設區暫行條例，區置區長，以縣委職員充之。自是山西全省，遂完成區、街、村、閭、鄰之編制矣。

繼山西省之後，各省咸有村治提倡。或創於村民自動，或出於地方政府施行，種類不一。如雲南省之村自治條

例，亦頗著名。雲南村治，始於民國十二年間。其施行後，成效如何，並無確實報告。祇其村治條例，規定周密，似仿日本市町村制。而其規定中，如以公共廟宇，撥充自治公所，提高市村長之資格，其成績優良者，得擢為縣長縣佐等各點，尤具特色。

第二 自國民政府建都南京至最近時期

(一) 各省單行制度

中國國民黨，以三民主義，為建國最高原則，以地方自治，為實行三民主義之主要政策，（參照建國大綱第八條至第十二條，對內政策第三條第九條至第十三條，地方自治開始實行法，確定地方自治之方略及程序以立政治建設之基礎案）。則訓政時期，自治施行，如何重要，不言可喻。故自國民政府，奠都南京，中央與地方，隨即注意自治。而為全國訓政工作之首倡者，尤推江浙諸省。茲先述各省自治制度，而後及於全國。

江蘇省於民國十六年，由民政廳，籌備自治。同年九月，由該廳提案省府，公布各縣村制組織大綱。按該制，「以民權之訓練，與民生之培養，為主要目的」。其組織，仿自山西省之村制，以五家為鄰，二十五家為閭，閭鄰各為之長，百家為村，村有長副，各若干村為區，區亦有長。其施行政序，則先就松江一縣試辦，一俟辦有成效，然後推及他縣。

浙江省為「訓導人民政治知識能力，造成自治基礎」，於十七年，開始試行地方自治。即於同年六月，由省府公布區街村制及其施行政序，由民政廳督同市縣，籌備施行。民廳當經通令各市縣政府，限自文到時起，四個月內，

將境內街村，一律組織成立。乃各市縣奉令後，開始籌備，未滿三月，於同年九月，中央已頒到縣組織法，各省施行時期及縣政府區村里閭鄰成立期限一覽表。其中所定自治組織，與該省原頒之區街村制，互有出入。民廳以該省單行制度，原屬臨時性質。中央既有統一制度頒行，該省自無獨異之必要。惟中央所定該省村里閭鄰實施時期，爲自十八年八月一日至十九年一月；且縣組織法中所定村里自治施行條例，尙待由部另定，一時無從遵行。而該省所行街村制度，業已籌備過半，如某等縣分，據報且已成立。故當時仍照原制進行，以免停滯。祇名稱一節，縣組織法中，既定爲村里，不妨先行改正，以期劃一。民廳當經提案省府，將原頒浙江省街村制，修正爲浙江省村里制，各條文中「街」字，一律修正爲「里」字云。按浙江省村里制，以村落百戶以上地方爲村，市集區域四百戶爲里。村里各以十戶爲鄰，五鄰爲閭。閭鄰各爲之長，村里各有長副及委員會。村里委員會，以村里長副及閭長爲委員組織之。該委員會，集中決議及執行之一切任務，村里長副，僅其常務委員而已，其組織蓋卽近於機關單一主義者也。上列村里職員，鄰長由本鄰居集會，直接選舉罷免，閭長由本閭鄰長，選舉罷免，村里長副，由本村里之鄰長集會，選舉罷免之。此外，各省亦有類似之自治制度，擬議頒發，多以時期稍晚，未及正式施行，而中央統一制度，陸續頒到，自此同在依法施行之列，其單行組織如何，茲不細贅。

(二) 中央頒發制度

建國大綱序文有云：「訓政時期之宗旨，務指導人民，從事於革命之進行。尤以縣爲自治之單位，於一縣之內，

努力於除舊布新，以深植人民權力之基。然後擴而充之，以及於省。如是則所謂自治，始爲真正之人民自治……而地方自治已成，則國家組織，始臻完密，人民本其地方上之政治訓練，以與聞國事矣。是地方自治之施行，範圍應自小而大，推行應自下而上，彰彰明矣。然中上之縣，廣袤百里，人口多者，有數十萬。欲在如是廣大範圍，將全民集中訓練，既不可能。而各地方經濟情形，交通便利，乃至治安狀態，又不相同。其施行政序，自亦難爲一律。故對全國自治，如何施行，實非自始有通盤周密之計劃不可。國民政府，初於十七年九月，公布縣組織法，及各省施行時期，並縣政府區村里閭鄰成立時期一覽表，其經過略已右述。依該法規定，自治組織，爲村、里、區、縣之三級制。村里自始完全人民自治，區長初由縣遴省委，至該法施行二年後，由區民直接選舉罷免。縣則初純爲行政區域，單設縣政府，至該法施行一年後，由省府按縣政進行情形，酌定時期，呈准設立縣參政會，以民選之參議員組織，姑行半官半民之治。

該法頒布未及一年，國民政府，復於十八年六月五日，頒布新縣組織法，同時廢止舊法。依新法規定，同爲三級之制，以鄉鎮爲初級，百戶以上之村莊地方爲鄉，百戶以上街市地方爲鎮。鄉鎮設鄉鎮民大會及鄉鎮長副鄉鎮長。鄉鎮之內，劃分閭鄰，以五戶爲鄰，二十五戶爲閭，閭鄰各有長。鄉鎮之上爲區，各以十至五十鄉鎮構成。區設區民大會，區長並助理員等。區長至該法施行二年後，由省酌定，呈准民選。至於縣區，除設縣政府，處理全縣行政，監督地方自治外，其自治機關，初設縣參議會，至該法施行一年後，由省府酌定，呈准設立，凡此各點，皆與舊法大旨相同。惟該法僅爲大綱規定，自治團體，如何設立，選舉如何實行，均有待於附屬法之規定。中央因於同年九月十八日，公布鄉

鎮自治施行法；十月二日，公布區自治施行法，及縣組織法施行法。縣組織法及區鄉鎮各自治施行法，於十九年七月七日，曾經一度修正。同月十九日，又公布鄉鎮坊自治職員選舉及罷免法。二十一年八月十日，公布縣參議會組織法，及縣參議員選舉法。

此外，國內重要都市地方，四方輻湊，戶口稠密，工商發達，經濟情形，比衆不同，政治組織，自亦不能同一。國府成立以後，對於都市區域，早有市之組織，可於歷次修正所頒之法規中見之。市原亦純爲行政區域，並無自治組織。及十九年五月二十日，頒布新市組織法，始行市區自治，俾其無分都鄙，齊驅並進。依該法規定，市分二種，一直屬於省政府，二直屬於行政院，具見前述，茲不復贅。至於市內自治組織，二者相同，概爲市區坊之三級制。以坊爲最下級，坊內更分閭鄰，以五戶爲鄰，五鄰爲閭，二十閭爲坊。區爲中級，以十坊爲區。區及坊之機關組織，概與縣地方之區鄉鎮同。至於全市區域，除設市政府，爲行政機關外，初亦僅設市參議會，以民選之參議員組織之。市參議會組織法及市參議員選舉法，亦於二十一年八月十日公布。

民十八年時，中央政治會議，會議決訓政時期，定爲六年，以二十三年年底，爲完成縣自治時期。內政部依據該案，當經擬定訓政時期完成縣自治實施方案內政部主管事務分年進行程序表一種，全表分爲十五大綱，每綱另分細目，就各綱目所列事務之先後緩急，分期進行。自十八年起至二十二年止，分爲六期。自十八年開始，爲第一期，十九年爲第二期，以次推進，至二十三年爲第六期。分飭各省，依限完成。四屆四中全會刷新政治案，關於地方施政

綱要，復規定地方自治，應照原定程序，督促進行。內政部奉據此案，乃又迭電各省，督促辦理，速事籌備，尤以完成縣之組織，爲當時急務。國民政府，亦於二十年七月一日，通令各省，勉力施行，且限於三個月內，完成區鄉鎮自治，四個月內，完成市縣自治。惟最近內憂外患，紛至迭來，各省財政政治，兩多艱阻，即縣政府改組一端，亦難依限完成，進行滯滯，可見一斑。內政部有鑒於此，因又主張各省添設自治籌備委員會，俾其集中各方人員，通力合作，策劃進行。本項籌備委員會，各省亦多組織成立矣。

綜上以觀，我國自治法規，不可以謂不備，而推行自治，亦不可以謂不力。然數年以來，以言成績，殆無多見。考其原因，要因過去推進自治，未有適當辦法，及各種自治法規，與各省市實際情形，未盡適合所致。內政部明見及此，除於二三年三月，擬定各省縣地方自治改進黨法大綱十四條，呈准行政院，咨請各省政府，查照辦理外，並擬訂改進黨自治原則，呈行政院，轉中央政治會議，付以討論，常經通過原則三項。此三項原則，除提交立法院，以爲修訂自治法規之準則外，並經行政院，通令各省市政府，作爲一切自治法規之最高原則，遵照辦理。按該改進黨地方自治原則規定：

一 確定縣市爲地方自治單位，縣爲一級，縣以下之鄉鎮村等各自治團體，均爲一級，直接受縣政府之指揮監督。市爲一級，市以下如有鄉鎮村，則均爲一級，其組織與縣同。在區域人口經濟文化等情況特殊之處，得立爲特例，設區爲自治行政區域。

二 地方自治之進行，分三時期如左：一扶植自治時期。縣市長依法由政府任命。設縣市參議會，得由縣市長，聘任一部分專家為議員，任籌備自治及執行之責。鄉鎮村長等，由各鄉鎮村人民選舉三人，由縣長擇一委任。二自治開始時期。縣市長依法由政府任命。縣市議會由人民選舉。鄉鎮村長由人民選舉。三完成自治時期。縣市長民選。縣市議會民選。鄉鎮村長民選。人民開始實行罷免，創制，複決各權。以上三時期之進行政序，由各省縣市政府決定，報經內政部，核準備案。

三 推行地方自治之程序及方式，應因時因地而不同。中央祇宜作大體及有彈性之規定。在各縣及隸屬省政府之市，由省政府分別擬定程式，咨請內政部，核准行之。在直屬市，由內政部分別擬訂程式，呈請行政院核准行之。為適合各地方之特殊情形，及便利推行政令起見，每省至少應設置縣政建設實驗區一處，或分區設置實驗縣若干處，統一「政」「教」「富」「衛」各種組織與事業，以為研究及實驗之中心，而期達到政治社會化，行政科學化之目的。

觀此，我國自治組織，推行程式，及一切自治法規，已受甚大變更。目今主要自治法規，如縣組織法及市組織法等，猶在立法院修訂之中。本書關於自治行政法部分，擬俟異日詳述。

(註一)格奈斯脫，就英國之自治，所下之定義曰：「自治云者，中級及下級之名譽職吏員，以地方稅，依國法所行之地方行政也」(“Selbver-n-ment heisst in England die Verwaltung der Kreise und Ortsgemeinde nach den Gesetzen des Landes

durch Ehrenämter höherer und mittelständiger Communal Grundsteuer." Gneist, Die Preussische Kreis-Ordnung, 1870, S. 16; Das System des self-government, 1860, S. 828) 世格氏有各定義, 蓋指十八世紀英國之稅井與稅區。

(註1) O. Mayer, D. V.R., II, S. 329. 美國郵政行政法 卷上, 三八八面以下。

行政法主要參考書目

第一 本國法

- 一 鍾寶言編 行政法總論（朝陽大學講義）
 - 二 同 上 行政法各論（同 上）
 - 三 白鵬飛編 行政法總論（學藝叢書）
 - 四 白鵬飛編 行政法大綱 上下二卷
 - 五 商務印書館 現行法規大全
 - 六 立法院編 中華民國法規彙編
 - 七 范揚主編 警察法規輯覽 兩篇 第一篇中含有多數總論參考用法規
- ## 第二 日本法
- 一 美濃部達吉著 日本行政法 總論及各論上卷二冊 大正八年以後新版
 - 二 同 上 行政法摘要 上下二卷
 - 三 同 上 行政裁判法
 - 四 同 上 公法判例大系 上下二卷
 - 五 佐佐木惣一著 日本行政法論 總論

- 六 野村淳治著 行政法總論（現代法學全集）
- 七 磯田萬著 行政法講義 總論及各論二冊
- 八 同 上 日本行政法原理
- 九 淺井清著 日本行政法總論
- 十 內閣記錄課 現行法令輯覽
- 十一 衫村章三郎編 行政法規提覽

第三 德奧法

- 1 Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde, 3A. 1924.
- 2 Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8A. 1928.
- 3 W. Jellinek: Verwaltungsrecht, 3A. 1931.
- 4 Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts. 8A. 1931.
- 5 Schoen: Grundriss des Verwaltungsrechts, 1927.
- 6 Merl: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.
- 7 Bruehler: Staats- und Verwaltungsrechtliche Gesetze des Reichs und Preussens 1931.

第四 英國法

- 1 Berthélemy: Traité élémentaire du droit administratif, 13e éd. 1933.
- 2 Hauriou: Précis de droit administratif et de droit Public, 11e éd. 1927.
- 3 Jéze: Les principes généraux du droit administratif, 3e éd. 1926.

- 4 Maureau: *Mannuel de droit administratif.*
- 5 Delpesch: *Code administratif, 1927.*

第五 英國法

- 1 Dicey: *The Development of Administrative Law in England (Law Quarterly Review Vol. 30. No. 122.)*
- 2 Gneist: *Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart, 1883.*
- 3 Robson: *Justice and Administrative Law, 1928.*
- 4 Port: *Administrative Law, 1929.*
- 5 Ghose: *Comparative Administrative Law, 1919.*

第六 美國法

- 1 Freund, Fletscher, Davies, Pound, Kurtz and Nagel: *The Growth of American Administrative Law 1923.*
- 2 Goodnow: *The Principles of the Administrative Law of the United States, 1905.*
- 3 The Same Author, *Comparative Administrative Law, 1893.*
- 4 Wyman: *Principles of Administrative Law governing the Relations of Public Officers, 1903.*
- 5 Dickson: *Administrative Justice and the Supremacy of Law, 1927.*
- 6 Freund: *Cases on Administrative Law, 1911.*

中華民國二十四年十月初版

(321351平)

大學叢書
(教本) 行政法總論 一冊

平裝每冊定價大洋壹元柒角
外埠酌加運費匯費

著 者 范 揚

發 行 人 王 雲 五

印 刷 所 上 海 河 南 路 商 務 印 書 館

發 行 所 上 海 及 各 埠 商 務 印 書 館

版 權 所 有
翻 印 必 究

*C五二八五

續

