

萬 有 文 庫

第一集一千種

王 雲 五 主 編

英 憲 精 義

(五卷)

戴 雪 著 雷 賓 南 譯

商 務 印 書 館 發 行

英 憲 精 義

(五卷)

戴雪著 雷賓南譯

漢 譯 世 界 名 著

# 英憲精義

## 第十一章 閣臣的責任

### 第一節 何謂閣臣的責任

閣臣的責任一偽語具有兩解；兩解截然不相混。

第一，此偽語可依日常用法，解作內閣人員應對於巴力門而負責任。在如此用法之下，所有閣員必須贏取巴力門之信任心；倘若信任一失，該員必須去職。

原來閣員應以巴力門之好惡而分別去留一事並未規定於英吉利憲法；此特爲『憲典』（conventions of the constitution）所構成耳。憲典是政治道德之一部，而非法律之本體；故此事與法律無直接關係。

第二，此偽語又可依學術上專門用法，解作元首在政治上無法律責任；所有行事俱由閣員負責。此爲法律上之用法，其用途較前者爲狹。

此項責任，自法律觀察點解釋，具有普遍性之基礎。試翻外國憲法，大概各以條文明白記載，略謂：元首的尊嚴必須保持，所以他不能直接做事；一切行事概由一閣臣代辦。於是，元首所發之命令，當發表於文書時，須由一閣臣副署。本來此項法律條文未嘗見於英吉利憲法，但同樣規矩實早已無形存在。

將欲使元首的行爲被承認爲他的意志的表示，因之得以發生法律效力。這種行爲務須獲取一個負責任閣臣之同意，或逕直由他代辦。誠以君上的意志，大概說來，僅可以三樣方法表示：其一以樞密院命令；其二以親自署名的命令、囑託、或證狀；其三以國璽用印的布告、命令狀、委狀、書信、或其他公文。

一道樞密院命令何自出出於君主本人；惟須經樞密院會商然後發表。發表之後，所有出席於那一次院務會議之人物，均須代元首負這一道命令的責任。以親自署名的手

本而發出證狀及其他公文，通常由一個閣臣或數個閣臣副署，但有時或竟用主管機關的印信鈐於手本上，惟該長官必須負完全責任。至於以國璽蓋印的公文，在發表之後，概由樞密使負責，但有時仍須其他內閣長官加入，共同負責。其結果是：無論元首做了任何行爲，而欲此項行爲發生法律效力，（例如給賞、締約、或發令之實施）（註1）通常須得幾個，或至少一個閣員參加，並須由參加人物負此項行爲之完全責任。

## 第二節 閣臣的責任與法律主治

由此觀之，內閣相臣，或稱內庭僕役，之參加君上的行事者，在法律上須代君上負起這一件行事的完全責任。這是要說，他不能以遵從御旨爲詞，而請求卸責。假使這件做了的行事竟至違犯法律，這位有關係的閣員即可以被他人依民事訴訟程序，或刑事訴訟程序起訴。其結果，他不能不親到尋常法院受訊，以至受罰。在少許情節十分重大之罪案中，民刑訴訟程序，在實際上不能羅網罪人；因之，他遂爲尋常法院的管轄權所不能達到，

似乎儘可逍遙法外矣。然而尙有巴力門的彈劾威權在（解1）按實言之，巴力門不但可以將此人彈劾，而且可以自行組織巴力門的高等法院，將他逮捕及審訊，以至定讞。於是，他仍不能逃罪，而脫離法網。誠然，此項彈劾權自一八〇五年曾經一次使用後，不復見用；因之，幾成一種廢物。然而彈劾權的使用雖屬稀罕，他依然是一種法律程序，並得到一所正式法庭（即巴力門的高等法院）承認。這是要說，在必要時他隨時可以供驅使，務令有關係的閣員對於自己所曾經參加的行爲負責。至於彈劾權在今代所以幾乎廢棄不用者亦自有緣故。緣故爲何緣故的一部份是：閣臣在今日，以法律周密之故，絕少得一機會以作一種嘗試；其結果足以致彈劾權不能不被起用，而成爲唯一訴訟程序。其他部份是：所謂情節重大之罪案，在昔時必須以彈劾權乃能到達者，在今時儘可用普通訴訟程序達到；誠以後者所有手續不如前者所有之繁重，又可以得到較好結果，故民間多喜用尋常法院以求申雪也。

雖然，個中研究有一要旨，而爲我們所不可忘記者，即是：元首在今日只有倚仗閣臣

輔助，方能處理政事；而且所有行爲俱構成一定法式，而由此類法式行事，閣臣或樞密使必須參加。因之，閣臣或樞密使對於自己曾經參加的行爲，不但在道德上，而且在法律上須負完全責任。以是之故，君王的臣僕所行事，因之，君王本身所行事，均受治於國法的規矩之下。故一國的法律在本國內爲至尊。然則所謂閣臣的責任只是法律的責任，而立於法律的責任之背後者，實爲閣臣對於巴力門應負責任。其結果是：所有閣員的行爲，同樣，他們的屬僚的行爲，盡數受法律主治。

(註1) 關於本章全體論旨，讀者應參考 Anson 所著『憲法與憲法習例』(Law and Custom of the Constitution) 第二冊，元首論(第三版本)第一章附錄，五〇至五九頁。據我的聞見所及，Anson 最能將御旨所依據以發表的各種法式，與依據各種法式以發表的命令所課於閣臣的責任，闡發詳盡。此外可參考下列典籍：

- (1) Clode 『元首的兵力』第二冊，三二〇頁及三二一頁；
- (2) Buron v. Denman, 2 Ex. 167, 189
- (3) 一八八四年，國璽法案，載於維多利亞代檔案，第四十七及四十八冊，第三十章。

(解1) 按 Impeachment (漢譯彈劾) 在英吉利法律中，專為檢舉貴族院或衆民院議員而設。議員之中若有犯叛逆大罪，或刑事罪狀者，當由衆民院提起公訴，並由貴族院所組織控訴法院審訊定罪。是為巴力門的彈劾權。

## 第十一章 Droit Administratif (註1) (行政法) (解1)

### 的反比

#### 第一節 章旨

在許多大陸國家中(最顯著的是在法蘭西國中)常存有一道行政法的體系(註2) (法蘭西人們稱之為 *droit administratif*)。這種法律建立於若干法律觀念之上，迥異我們的英吉利常法 (*English common law*)，尤絕對不類我們一向所稱道的法律主治。大凡行政官吏，在外國中當以善意奉行職守時，縱使所行事有失，必受法律迴護。這



是常法與外國法律絕異之端，顯而易見。若專就法蘭西論，此項迴護本來隨時代而變異，從前法律所以保衛官吏者無微不至；今日雖仍然存在，然已大不如六十年前事。（註？）是以在本章中，我深願集中論點於迴護官吏的一意義，而且深望學者能注意於這一論旨。

平情論之，迴護官吏的法意，在今日本來不足以貫徹法國所有行政法的全體；是以本章所有題旨雖則側重此一法意，我深願於未入本論之先，奉告一句，即是，所有行政法的全體至值得研究，學者不可忽略。誠以除法蘭西外，大陸國家無不模倣此舉，同以創立行政法的體系於國中爲事。惟有英格蘭乃獨以法律主治著聞。故在外人視之，此爲法治精神的極端；而在本國人視之，此爲英吉利制度的特色。這種特色實因有行政法以作反比而愈顯。而且研究行政法的全體更有一層作用，卽足以類推英憲歷史的一部份進展是。誠以時代日進，歐洲政治漸趨於平民化；因之，行政法不但不能專以迴護官吏爲職志，而且須有所改善以應付今代社會的需要。如此改善至足以襯明英憲在生長程途中之

一時期。(註4)

是故本章題旨，若加以分析，可得兩大綱領：其一、討論 *droit administratif*（行政法）的性質及歷史，特別着意於關切論題的部份；其二、比較法律主治與行政法的體系所有異同得失。

## 第一節 *Droit Administratif*（行政法）的探討

專就術語上考察 *droit administratif* 一名，在英語中至難翻譯。本來以字面論，『*Administrative law*』兩字儘可算作最自然復相稱的譯法；但以文義論，英吉利法官與律師實未嘗熟聞此名，因之，若非加以詮釋，雖法界中人亦不能索解。

這種事實——即相當譯名的缺乏——在憲法研究上大有關係。誠以名為實之賓；譯名的缺乏在根本上是由於本名所代表的事物的不存在。是故在英格蘭中，一如在英吉利文明所衣被的國家（譬如以北美合衆國示例）中，行政法的體系與原理為從來所未聞未見。因此之故，當篤奎爾（*Tocqueville*）於少年時，嘗往新大陸考察政治，倉猝

間發見此項缺乏，即不覺十分驚異，而加以研究。在一八三一年之頃，篤奎爾自美洲寓書於法國一個極有經驗的法吏（magistrat）伯祿士委（Monsieur de Blosserville），詢問何以法美兩國制度如此立異，又問何者是支配行政法的普通觀念（notions générales）（註5）在問話中，他一方面自承闇昧，（註6）一方面復明示這種法律的體系殊未能明白周知於本國。

賢明如篤奎爾尚須請教行政法的普通觀念，我們當可假作斷定，這個論題，雖在法蘭西內法律學者之眼前，恐不免視同新穎；因之，英吉利人民對於此項與英國制度不相關涉的事理，甚難領會，當無足怪。雖然，此點在本論中不關輕重；本論所最留意者卻為比較觀察。申言之，行政法在今代法國，或在古代法國，均與早經確立於英國的人人在法律前是平等的觀念顯然反對（其實，這點反對性質在十九世紀時尤顯）。於是擷取兩者所有反對性質的普通觀念，復加以互相對勘，實為本論的主旨。若再仔細分析，我們的主意可分三層：第一，要勾出行政法的全部體系所有性質及原理；第二，要記取全部法律在

運行時所呈露的特性；第三，要闡明該法的存在與運行，不特足以使法國官吏所佔法律地位適與英國官吏所有者相殊異，而且足以使法國有所政情在根本上恰好反對英人所珍視的法律至尊性。

### 第一目 Droit Administratif (行政法) 的性質

Droit administratif，或行政法，依據法國法學宗師所下定義，是：「所以整飭行政威權與平民所有相互關係的一部規則。」（註7）歐郭克（Aucoc）復進而加以詮釋，遂得下列兩層意思。（註8）其言曰：「行政法測定兩事：其一，關於社會中之主理公共利益之各個機關（就中當以國家為最重要代表）所有組織與相互關係；其二，關於行政官吏對於國中人民的繫屬。」

嚴格說，上方兩條界說均缺乏正確義理，惟其如是，行政法乃益值得研究。將欲為審問便利計，一個英人儘可玩索法學論著，而撮取精華，以敘述 droit administratif（行政法）的涵義。就個人心得觀察，行政法是法蘭西法律的一部，用以測定三事：其一，為官

吏的地位及責任；其二爲私人的權利及責任當在與官吏交涉時所發生的關係其三爲這些權利與責任在實施時所應採取的手續。

雖然，個中須有特別注意者一事：卽是，除非眼光能注射他在歷史上的進展，任一英吉利學生將不能明這一部份的法蘭西國中之法律。申言之，他必須仔細刺取行政法在一千八百年至一千九百零八年間（尤其是在最後三四十年間）所有變遷，而加以研究。研究之餘，他自然發見行政法的基本觀念至今未改，但這些觀念的發展不但因時代而分高下，而且因時代而異東西。因此之故，在比較觀察時，我們必須明白記取兩國的法律所屬時代，若使不然，我們必至受欺，而不及覺察。試設一例：例如，倘若我們要截取一九〇八年間兩國所有法律，而加以比較，我們或且不免得到一種想像（在我看來，這種想像仍是舛誤），以爲兩者對於官吏與平民交涉時所佔地位及所受特殊利益的規定，原來並無極大差異。果如所論，我們只是受了時代欺瞞，謂予不信，試一審察行政法的歷史較早時期（譬如說，介於一八〇〇與一八一五年之間，或介於腓立 (Louis Philippe)）

登位（即一八三〇年）與第二次帝國顛覆（即一八七〇年）之間，我們必能領會兩者所有反對性質。申言之，這種反對性質在一方面爲法律主治於英格蘭，而在他方面爲官吏得法律特殊承認於法國及其他大陸各國。

## 第二目 歷史的發展

今代法蘭西國的行政法律實生長於十九世紀（至少可稱完成於十九世紀）；這是百年來革命與憲治相軋轢所造成的結果。（註9）因之，我們儘可劃分行政法的發展爲三個時期：其一，自拿破侖帝國起至復辟止（1800-1830）；其二，自阿里安王國起至第一帝國止（1800-1870）；其三，自第三民國成立日起至今日止（1870-1908）。

### 第一時期——自拿破侖時代至復辟 (the Restoration) 1800-1830

依據法國學者的意見，真正行政法造端於大革命紀元之第八年執政院憲法，時適當伯盧麥 (Brumaire) 政變之後，爲拿破崙所創造。但立法專家（註10）以至歷史學者，均承認行政法的觀念，當如篤奎爾所論，（註11）可以溯源及於舊日朝代。誠以新政府所

願逐一制度，均隨在可以尋見舊日典型的遺教；譬如，當時所有『國務院』（*Conseil d'Etat*）實則做法往日所有『樞密院』（*Conseil du Roi*）；又如，郡守（*Prefects*）的官職實則模倣『欽派總管』（*Royal Intendants*）的遺徵是也。然而此係就思想立論，學者方可作如是論斷，若專就法式立論，我們只好歸功於拿破崙。拿破崙者，古代政治的復原人物，亦革命時代的創制人物也。無論他所取法者，爲什麼制度，他總能改變古制以適應新時代的需要。拿破崙之所以能成爲拿破崙者，是在於這一着。往往有一古代制度於此，一經拿破崙以手指點觸，俄頃間便得到新生命，他不但能灼見專制時代所遺最強有力的習例，而且能熟悉山嶽派所造成最強有力的革命信條。不寧惟是，他復能合兩者於一爐而冶之，以煉成新制度。這番鍛煉工夫，特於行政法的體係上可見他的匠心獨運。依此項體系的創造方法，他的立法與政策，不但能授古代政治中之大權獨攬的思想以極好發洩機會，而且能適合及滿足普通人民所以嫉忌法院動輒干涉行政的革命心理。原來這種嫉忌心理的本身，雖則在理論上爲革命思想所主張，實則由君主時代的政

治策略遺傳於革命黨人。

行政法的  
大義兩則

任何人，如果能仔細考察行政法的性質，或涉及此類性質的論題，必能發見兩條大義，在一方面，他們造成行政法的基礎，而在他方面，他們未嘗受知於英人。

國家的特  
殊利益

第一，政府及每一公僕，以全國國民代表的資格，具有特別權利、特殊利益、或特殊權力而反抗平民；加之此類特別權利、特殊利益、或特殊權力的外延，只可用特種原理測定；而這些特種原理獨與尋常規矩所以確立私人間之彼此關係所有權利與義務者迥異。依據法國的法律意思，個人對於國家發生交涉時，彼此所站地位高下懸殊，恰與個人與別人交涉時所站地位為平等者相反。（註12）

權力的分  
離

第二，所謂『權力的分離』（*separation des pouvoirs*）原理實有維持的必要。申言之，政府中之立法部、行政部、及司法部必不可使他們互相侵蝕。雖然，本章所欲討論將不能涵蓋政府全體，惟限於行政部與法院所有關係。在此項關係上，這種稱謂（即權力的分離是）最易令人誤會。是故法國人所謂權力的分離實與英國人所謂『法吏的獨



立』不相符合。試從法國歷史觀察，又從立法觀察，更從法院的判決案觀察，這種稱謂的指意只可用下文一原理傳譯。這一原理是：在一方面，審判員固然須獨立於行政院之外，而不應橫受罷免；在他方面，行政院及行政官吏的政治行動亦須獨立於法院的管轄權之外，而不應橫受干涉。（註<sup>18</sup>）這種原理的理論係從孟德斯鳩所著『法意』（Esprit des Loix）得來（見原書卷十一第六章）；而且大概從一種雙重誤會產出。何謂雙重誤會？第一層誤會是由於孟德斯鳩本人；第二層誤會是由於大革命時代之政治家。前者生於錯解英國當時制度所有原理及習例；後者生於濫用孟德斯鳩的原意。蓋當大革命時代，革命黨人既鑑於法國所有諸種『巴力門』（parlements）前後干涉行政之覆轍；同時又深信法院必不喜見制度的改造而橫生枝節。因之，他們深喜得孟德斯鳩的著作以爲助力。不寧惟是，在法國古代之際，專制君主，一如賢能官吏，同願減削法院的權力，以伸張中央政府的威權；革命黨人雖生於後世，然仍不免受感化於此項理想。因之，他們更不免矯枉過正。雖然，這種探討工夫（即探討權力分離一理論在大西洋兩岸之法美

兩國中進展的歷程所下工夫)必至愈推進而愈無窮期，馴至離本題太遠。所以我們在  
此時只好將這番工夫結束，同時只須記取孟德斯鳩的教訓不但具有絕大勢力於法國，  
而且具有同樣勢力於步武法國的諸國；而遲至今日，他的理論依然為今代民國所有政  
治及法律制度的基礎。

四種特性

(1) 國家的權利以特殊規則決定

(2) 尋常法院對於牽涉國家的訟案無管轄權

除上方所舉大義兩則之外，法蘭西的行政法尚有四種特性，必須提示。

大凡政府及行政官吏對於國內個人自不能無所交涉；每逢有所交涉，雙方自不能  
不發生關係。顧法律所以整治此項關係者實不同約束個人與個人所有關係的法律。由  
是，法律遂不得不有尋常法律與行政法律的區別。此項區別，自一千八百年以來，即已被  
承認於法蘭西，而構成法國的公法之一部。其實此事不但法國為然，凡在國家中之有行  
政法存在者，無一不有此項區別。(註14)這是四種特性中之第一種；讀者當不難推知。

大凡尋常法院對於民間訴訟，不論是民事或是刑事，本來一概具有管轄權。惟對於  
國家有干連的案件，尋常法院乃無權過問。在行政法的體系之下，所有牽涉國家的案件

皆成爲行政訴訟 (contentieux administratif) 所有行政訴訟皆歸行政法院裁判。這是四種特性中之第二種。

第二特性的成立，蓋根於革命時代的政策所下一種決心，卽是，法吏必不可干涉政府的行爲。拿破崙對於這種決心最爲折服，於是，遂不惜以全力促其實現。

實現的方法有二：其一在於分設兩套法院；其二在於抑制尋常法院。茲請先敘述第一方法。兩套法院之一爲司法裁判機關，恰似英國的常法法院。此類法院共有兩種功能。其一功能是嚴格地關於私人爭訟的裁判；主持其事者則有初級法院及控訴法院。其他功能是關於一切刑事訴訟的審訊；主持其事者則有懲戒法院及巡迴裁判法院。(註15) 立於上列各法院之上者，則有大理院。大理院爲最終審判機關。(註16) 除司法裁判機關之外，拿破崙再設有行政裁判機關；含有各州的郡守院 (Conseil de Préfecture) (註17) 及國務院 (Conseil d'Etat)。本來郡守院與國務院所有職務多屬於行政，甚少屬於司法。惟若有關於司法範圍者，概爲行政法上所惹起的問題。兩套法院不但並立，(註18) 復

互相抗衡。是故，在這一方面，司法裁判機關，大概言之，不能顧問行政訴訟。倘若在一千八百年間竟有以行政訴訟交司法審判機關處理者，則必至視爲干犯權力的分離之大義。又在那一方面，行政裁判機關，大概言之，亦不能受理關於民刑訴訟的案件，否則不免有越權之嫌。不過國務院在拿破崙時代實爲政府的一部份，而且具有威權極大，所以國務院在那時所受限制，當不若司法裁判機關所受者之嚴謹。

其次請述第二方法。拿破崙對於尋常法院的審判員，最能體會革命時代的立法精神，而使之變本加厲。試就一七九〇年八月十六日至二十四日之法案（註<sup>19</sup>）一加審察，讀者當可概見革命時期對於司法界之懷疑心理。在這些法案中，司法裁判機關均不得干預立法職務。同時，他們復須超然分立於行政範圍以外。所有法吏皆不許障礙行政權力的運行，復不許以處務有失之故，稟傳執行該項公務的官吏，使之出庭審訊。十年之後，拿破崙繼起當國，復推波而助瀾。他以爲（後世官吏之與行政部關連者，幾乎盡同此見）「法吏只是行政人員的仇敵。假使他們果有機會以干預行政，公共利益將因他們的故

出故入或鹵莽滅裂而有受害之懼。』(註20)然而此等恐懼蓋毫無根據；其實行政人員從未被中梗於法院。反之，自從大革命之後，審判員常時謙恭自處，不敢違抗命令。(註21)矧在拿破崙時代，若云干政，他們自然更無有這樣大膽。所以遲至今日，他們尚不有權能以問及政府與官吏的行爲。譬如公家文書，或由部長致屬員之函，或爲官長令士兵之手札，倘若因此項文書而惹起爭執，法院當不能審問文書的意義及法律的效果。甚至有些案件，雖爲政府中之官廳與私人的干係，法院亦不有管轄權。不寧惟是，昔在拿破崙時代，(註22)每逢官吏因執行公務而侵害私人權利，以至有過或犯罪，法院若非得政府許可，不能受理此項民事或刑事訴訟。雖然，法院的無能力是一事；私權的保障又是一事。學者必不可因前者受制，便謂後者無救濟辦法。凡受損害，一個私人儘可控告犯罪官於一行政法庭，即國務院是。萬一訟案發生的地方距離行政法庭太遠，尋常法院亦可以因得政府許可而受理該訟案。

司法法院與行政法院既然並立，管轄權的問題當然不時發生。試假設一例。譬如，某

甲以毀棄契約，或以毆辱，或以無辜禁錮爲詞，控某辛於司法法院。某辛到案則以下列理由自行辨護：其一、本人係以公僕執行公務；其二、這一宗訟案惹起行政法上之問題，惟有行政法庭（大概說，卽是國務院）纔能解決。簡言之，這種反對論只要鄭重申明，司法法院對於這宗訟案卽無管轄權。然則受害者爲之奈何？本來就英國人的眼光觀察，這種管轄權的問題既然爭執不決，自應有公斷機關以求立解；當此際公斷機關自然是尋常法院，而公斷人自然是該院中之審判員。誠以用當地所有審判員以斷定他們的管轄權所至，實屬正當理由也。這種見地，雖則由英吉利律師觀察，是十分自然，毫無牽強，實大爲法蘭西人們所反對。是何以故？則以分權的概念不能相容故。試思尋常法院既然能自行決定他們所有管轄權，他們自不難更進一步而侵入行政範圍。萬一竟受容許，則所謂行政部切不可任受司法權力的干涉之大義（註<sup>23</sup>）將不能存在於法蘭西矣。如之何其可？卽就英國人所有經驗論，如果他能憶及法院的各種令行證狀（解<sup>2</sup>）所生效力，他自然見及法院在英國中確有不時侵越行政的舉動。本來孟德斯鳩的分權理論在政治學上儘

有可以非議之處，不可以一概盲從。但該項理論要是不被接受則已，倘被接受，則尋常法院不應有決定自己的管轄權之能力，自屬確當不易。

於是在拿破崙創制之下，所有決定管轄權誰屬的權利，一概保留於國家名下，實則移交國務院主持。國務院者行政法院的最高機關也。至於保留此項權利的方法共有兩端。倘若某一宗案件投到尋常法院，而明白地惹起行政法的問題，該法院即負有設法使此問題先就決於國務院的義務。假使尋常法院竟不自量，或使政府覺得他已越權，任一郡守（他本人就是一員政府官吏）可以提出抗議，務使這個管轄權問題得取決於國務院。由此觀之，我們即謂國務院所受於國家的威權外延廣漠，亦無過詞。國務院既能自行決定他的管轄權所至，他即能在實際上取回尋常法院所已經受理的訟案。（註24）

最後，行政法尚有一特性，即第四特性，便是官吏的保障。（註25）大凡國家的僕役，當以善意奉行長官命令時，無論如何違犯法律，行政法必出而呵護，務使此人不至受尋常法院監視。

(4)官吏  
的保障

這種役吏，自一千八百年起至一千八百七十二年止，可以得到三層保障，是名役吏的保障 (garantie des fonctionnaires)。

第一層以國家的行動爲保障。每逢役吏執行公務以完成國家的行動，他不任受那一所法院，司法的或行政的，課以行爲的責任。

大凡重要事件，例如關於大政方針與公共安寧，或涉及外交政策與執行條約，以至與外人交涉，在國法之下，必須讓政府有無限制的裁奪權，此類重大事件，雖則無一定範圍，然而早經法國的法律承認之爲國家的行動 (acte de gouvernement)。(解s) 國家的行動，在施行時，行政方面不任受司法部制裁。至於國家的行動果有什麼界限，即在今日，尚且是一個難確定的界說。因此之故，除卻法國本國的法學大師外，無人能測定一件行事的性質究將何屬。於是法國中儘有許多事件：倘若是尋常行爲，做事的人不免犯了法律，倘若是國家的行動，任何法院都不能過問。近年以來，法國學者方極力要將國家的行動所有範圍收縮，庶幾這樣含糊術語不至助貪暴肆虐。然而在拿破侖時代，甚而至於



拿破侖死後多年，我們敢斷定法國實未有如此傾向。當是時，任一政府的行爲，或官吏的行爲，隨在可以被解釋爲『以善意奉行，而謀公共安寧或國家大計的行事。』誠如是，此項行動無論如何犯法，只可以國家的行動看待。

第二層以上官命令爲保障。凡役吏以長官命令行事，而至於干犯本國公民的人身自由，縱使受人控告，他亦可以援引法律而解除責任。此項法律具載於刑法法典第一百一十四條。（註26）此條法典不但實行於拿破侖時代，而且繼續有效於今日。（註27）

第三層以憲法爲保障。新紀元民國八年的憲法，即一千八百年的憲法，嘗於第七十五條（註28）明載：凡官吏行使本己所有職務，倘若未得國務院許可，他的行事不任受何人檢舉，或由任何機關檢舉。

此項保障可謂寬大已極。憲法第七十五條本來只規定檢舉的限制，（註29）不料法院尙從寬解釋，遂限制及於賠償損失的要求。是故在拿破侖的憲法之下，無一公僕，不論是郡守，是市長，或是警士，只要他的行爲先得國家的意旨，即不管如何非法，終不至有受

罰之危險，或有被責令賠償損失之憂懼。

雖然，上文所羅列四種特性究竟能發生效實與否，尤其是最後之一特性究竟能保護官吏到什麼程度，兩節疑問的解釋均視一個問題如何答覆。這個問題是：國務院在那時到底是一件什麼東西？換一句話說，國務院是否一所純粹法院，抑或是行政部中之一機關？實則這個問題的答案至為簡單。自拿破侖立法的用意觀察，國務院實為法國所有政治組織的中心。院中人物在法國行政人才中皆是極一時之選。每遇必要時，拿破侖隨時可以顧問他們；每逢有意見時，他們亦可以隨時獻可替否。院中全體或院中個人常於實際上參加國家政治所有大小事務。但就中如政策的決定，行政問題的研究，與行政法問題的測定，尤為院務中之最重要者。院中人員的任免，一任拿破侖個人的意思所欲為。由此觀之，我們雖謂院內全體人物，除屈服於一人意志外，實足以構成法國政府，亦不為過當。至於院務所以牽入行政法問題之故，大抵由於法國在一千八百年之頃，行政訴訟實未嘗分離於政府事務以外。是故即就行政訴訟之處理而論，國務院的行動酷似一關

部而不同於一所法院。誠以法院爲實施法律的機關，而該院對於法律問題只有獻議，卻無執行判決的責任。因此之故，獻議之中，往往有事隔數年，乃經行政部採用者；而且遲至一八七二年，院中判決方纔在法律上取得司法判決的地位。惟其如是，國務院雖則具有司法行政的功能，然在最初開始時，只是一所最高平政院而已。每逢管轄權的抵觸問題惹起，該院卽應測定某宗案件曾否牽涉行政法，因之，應歸該院處理，或歸尋常法院處理。然則在法國十九世紀初年之國務院，蓋彷彿在英國當時之內閣。設使內閣與樞密院中之司法委員會未嘗顯然區別，又設使內閣能以司法委員會之地位，不但處理政府與民間爭訟，而且在處理之際，又時時以公共利益或政治便利爲前提，則兩者更爲酷似。由此綜觀，我們可見國務院在拿破侖創制之下，確是一種行政機關，不過除執行政事外，仍時時侵入司法範圍。自一八一五年以來，拿破侖雖已失敗，然而此一機關仍無大變改；因爲舊王朝自復辟後，乃事事模倣帝國，而尤着意承襲帝國所創造的特權。其尤甚者，往日政府所有武斷權力，事事極受歡迎，恢復惟恐不及。所以遲至一八二八年，卽在查理十

被逐之前二年，國人公意漸次強迫政府，務使行政威權所憑藉以侵犯司法範圍的方法，稍受遏抑及限制。

討論至此，我們因審問行政法在第一時期的發展，不覺言之至於連篇累牘。但還需仔細審察工夫並非枉費，實則十分值得。理由有二：其一，今日的行政法所有基礎實由拿破侖安奠；其二，今日的行政裁判機關亦由他一人創立；而這些機關所有權界仍保守他在前日所規定。所不同者只是在於用途。本來拿破侖發明這種機械，原欲用之以扶持開明專制；今代法蘭西的立法專家與改制者卻用之以促進法律中之自由。但箇中有一事實必不應忘記；這一事實是，法蘭西的行政法實造端於幾個觀念，他們以維持公共利益為前驅，又以擁護政府的特權即所以繫國民族前程為左右翼。

第二時期——自阿里安朝代至第十一帝國 1830-1870 (續前)

這一時期至值得英吉利學生的注意。本來拿破侖的帝國主義不外代表專制政治；復辟時代不外從事於復古與反動；兩者均不足以對峙今代英格蘭所有政制，而資比較。

可是，自他一方面觀察，第二時期概括法國四十年歷史，介於查理士第十的放逐與拿破  
命第三的敗亡之間，雖則被三次變革錯雜點綴（卽是，一八四八年的革命，一八五一年  
的政變，及一八七〇年的第二帝國之崩潰），實則以全體論，構成一代文治秩序。在四十  
年間，除卻六個月期間外，法蘭西概依國立法律以爲治。這種有秩序的進步，恰好給與兩  
國所有公法以比較研究的機會。就中尤以腓立的統治時期爲最適人意，因之，這樣研究  
尤以這時期爲最適合。在英吉利人們的心目中，他總算是一個立憲君主。（註31）以他的  
巴力門制度下之內閣言，以他的元老院言，又以他的衆議院言，一切政府所有組織俱模  
倣英憲；一切政治所有精神亦受英憲薰陶濡染。在腓立的統治之下，尋常法律的至尊性，  
與尋常法院的執法主治，一概確立於法蘭西，一如英格蘭所行事。然而在他一方面，試一  
審視行政法所佔地位，英吉利人們不覺大失望復大驚異。因爲在這一期的四十年間，縱  
不乏立法上之改制，但這些立法對於拿破侖所遺下行政法的特性，甚少驚動。（註32）行  
政法在那時，一如在前時，屹然獨立；只有行政法院可以過問。至於尋常法院，在當日一如

在前日，絲毫與行政法無干。本來自從腓立輸入巴力門政治以來，國務院嘗於屢次不一  
次被奪去許多政治活動；然而他始終以一所行政法院的資格存在；迄於今日，未嘗少改。  
不寧惟是，國務院在當時且能保存今代所不能維持的一種功能，（註33）即能代司法法  
院規定該院管轄權一事是。因此之故，國家的役吏依然保有拿破侖的立法，或古代習例，  
所遺留的特權及特別利益。簡約說，*droit administratif*（行政法）在當時實能維持  
舊觀，以迄一千八百七十年為止。倘若再進一步，探求緣故，蓋有兩大原因：——

（一）就國  
務院本身  
着想

第一，國務院在第二時期中，未嘗完全改變內容而成爲一所純粹的司法機關。這是  
一點論旨，英國政論家對之頗覺猶豫，而不欲遽逞臆說。猶豫何自起？起於內觀本國，與外  
覘異國。故在他人觀察本國方面而考慮，他習見一個法蘭西人，雖則善知英國，還要有時  
誤解英吉利制度的實際工作。譬如，因爲樞密使（*Lord Chancellor*）是內閣中之一閣  
員，同時又是高等法院中之衡平庭（*the Chancery division of the High Court*）  
的裁判長，（解4）這位法蘭西人或不免有一想像，以爲內閣的意思總可以感應衡平法

院的判決，但試一徵諸實事，任一個英吉利人亦能證明結論的謬誤。又在本國人觀察異國方面而考慮，他亦熟知時至今日，國務院能博得法國人民的信仰，足與法國最高法院之大理院齊名；他又熟知即在往日，國務院自一八三〇年起，聲譽日隆而未有艾。因之，我們對於國務院一制度似不可妄加毀謗。雖然，此項猶豫狀態當為政論家在批評外國的制度長短所恆有；不過專就介於一八三〇年與一八七〇年間之國務院立論，我們敢作斷案如下文：即是，國務院在第二時期中當以行政法院的資格行動之際，雖則漸次趨於司法化，但終不免帶有多少行政機關的彩色。這是要說，院中人員當行使半司法的職務時，似乎甚易被閣部所有情感掀動及轉移。這一句斷案並不要包含一種論調，謂國務院雖常以有名學者及行政專家組織，但仍不能主持直道。他的指意只是要說，國務院所謂直道，有時不能與尋常法院所謂直道兩相符合。

第二，役吏的法律保障，在第二時期中，並不見日趨於輕減。凡屬國家的役人，不論地位高低，只要所行事是用以完成國家的行動，（註34）不須自負行為的責任。在腓立時代，

(2)就國  
家的行動  
着想

一如在第二帝國時代，這句無定着又無界限的稱謂，不論在理論上或在實際上，一概從寬解釋。

試徵實例。在一八三二年，（解<sup>5</sup>）柏梨公爵夫人（Duchesse de Berry）謀亂於拉

岡爹（La Vendée），不成，遂被逮。腓立不敢放逐之於國外，又不欲提交法庭審判。而民黨中人及王黨中人均欲置之於法庭候審，但雙方用意各有不同：前者欲待之如刑事犯；後者欲待之如女英雄，即藉之以激動民衆。國會屢辯論此案，亦無結果。於是公衆上請求書，請早日開審，否則早日釋放。但政府均不採納。最後，公爵夫人因自認曾經再醮事於獄中，遂致大失人望；因之，政府知其不足爲患，乃得出獄，而受放逐於西昔利（Sicily）。平心論之，政府（實則君主）所爲，自始至終均違法律。即當代內閣，亦藉西耶（Thiers）之口，出而表示，謂國法曾經蹂躪。卻是衆議院以人民代表，乃投票可決（但非通過法案以立法），以維持政府此項非法行動。（註<sup>35</sup>）這是一種威權，在當時被解釋爲國家的行動所應有。惟其解釋寬泛如是，拿破侖第三乃據之以自由措置阿里安王室的私產；甚至遲至一八



八〇年尚有以威力脅散宗教集會事作爲國家的行動一經被視爲此類行動凡事皆可超越國法。（註36）

又如上文所論，刑法法典以第一百一十四條保護官吏，使得以奉行上官命令，解除責任。這條法律，在第二時期中間依然有效（卽在今日亦然）。

不寧惟是，新紀元民國八年的憲法中極負盛名的第七十五條，（註37）巨第二時期四十年之久，卒未經撤廢。依法文所有意旨，非得國務院的許可，官吏實不受檢舉。而所謂許可云云，讀者當不難明白，國務院在如此場合之中實不免處於被動地位，將惟內閣之命是聽。

若在人民方面，法國所有輿論亦不承認國務院爲一純粹司法機關，而且斥責一切關於包庇犯罪官吏的舉動。試一傾聽篤奎爾的反對言論：

『在法蘭西民國新紀元之第八年，一部憲法起草方完，就中插入一條極有名的條文：「第七十五條所有名位在部長下之政府中服務人員，非先得國務院的命令，不能因

執掌職務上之行為失檢而受檢舉。(註88)惟在得請後所有檢舉應提出於尋常法院。」迄今民國八年的憲法已廢，但該法的第七十五條依然存在，是則該項條文實足以繼續八年憲法的生命。全國人民對於此項條文極力非難；以個人所有經驗論，我自己嘗竭力向英國或美國人解釋，每覺爲難。驟聞之下，他們的論調大概歸宿於一結論，即謂國務院在法蘭西中必定是一所偉大法庭，設立於全國中心，而運用預審及專斷的管轄權於四境。但每逢答辨，我必告他們以國務院的實際地位，即謂：國務院若自術語上之常識觀察，並不是一所司法機關，卻是一所行政的諮議機關，由元首委任人員組成。於是，君主在如此場合中，在一方面，剛纔差遣他的僕人，稱郡守的，做了一件惡事；在他方面，隨即差遣別一僕人，稱國務員的出頭包庇，不使前者受罰。繼此，我又向他們表證，即謂：某一公民，倘若曾因元首使令公僕做事而受損害，必須再乞憐於君主，俟得許可之後，方可請求伸雪。不料英國人或美國人一聞如此答辨及表證，他們均不相信世間竟有這樣暴劣的政治，甚至斥我爲說謊或開昧。本來在大革命以前，國會每因官吏行惡，而加以檢舉，但一經元首出

而干涉檢舉即受挫折以至停止。蓋以在前朝政治中君主的意志爲絕對，又爲專斷，國民必須依從，在勢實不能反抗也。不料降及今代，我們竟能容忍專制時代所有暴行，陽假直道及法律之美名，陰行武斷及壓迫之實。古今人智識能力上之相去不綦遠耶？（註39）

這一段壽世文章，自篤奎爾所著『亞美利加中之民治』引用，以一八三五年發表；當是時，作者以三十年華已負盛名，他的朋友至以孟德斯鳩相比擬。他盱衡古今政局，更對於行政法的地位特加以估量；所言雋永，至耐人尋味。試再翻閱他的晚年傑作『古代政治與大革命』一書，學者當知篤奎爾所有在早歲時對於行政法的評價，到了晚歲依然未改。茲徵引一段於下文。

『司法權力在古代政治時，不幸闖入行政範圍；大革命發生以後，我們乃得大反前人所爲，將前者屏出後者所有範圍以外。但在同一時候，政府的威權亦已漸次侵入司法所有領域，這是盡人所共見；不幸我們在大革命進程中依然聽其存在。是故專就行政方面着想，我們似乎漠視權力相混的危險。殊不知以司法混入行政，固有危險，以行政混入

司法，何嘗不有同樣危險？或者所生危險更甚，亦在意中。誠以法吏干涉行政的危害，至多不過阻誤行政在進行上之速力，惟當行政權力可以操縱及指揮司法時，全國公民若不被驅入革命黨，則必被夷爲奴隸。（註40）

這是一個有天才的學者所發言論。他不但熟知法國歷史，而且澈底了解當代的法蘭西。他不但在巴力門中有多年經驗，而且有一度曾任內閣閣員。於是，他諳練法國的公家生活，彷彿馬考黎（Macaulay）諳練英國一樣。然則這番言論實足注意。平心論之，奎爾在當時所有心理固不無偏袒，而且於篤學深思之餘，他不免有時重視今代民治的弱點與古代君政的流毒所有互相感應，故所用語言及詞氣不無過當處。但無論如何，這段批評實足以代表當時一般學者的意見，至無疑義。試再徵諸耶磁（Tate）。耶磁嘗著書討論國務院的成就及所用方法，特加一條註脚，大致說：直至十九世紀的末年爲止，所有民間日用常話，凡關於『直道』（Justice）或『直道法院』（courts of justice）的名詞，務必斟酌用之；按實說，這些名詞只有適用於司法法院。（註41）這句評論最足以證明篤

奎爾的言語並非羌無故實者比。

然則行政法存在於一八三〇年以至一八七〇年之間，究竟發生如何效實，我們當不難推知矣。這種效實是法蘭西公家僕役所有法律身分因是大異於英吉利官吏所有。就大體上說，法國公僕常構成社會中之重要部份，因之，他們在法國中所佔地位酷似軍人之在英國。例如，英國軍人須守軍紀；法國公僕亦須守官紀。如有違犯，雙方皆被從嚴懲治。然而法國公僕享受一種保護，務使私人雖受他們在執行公務時所生損害，亦不能向尋常法院控告；此項特別利益絕非英國軍人所能夢及。試徵實例，譬如一個郡守或警士，因熱心奉行公務之故，至於歐辱私人，或踐踏私家田園，受害者必無從報復。若遭控訴，該役吏可以自行申辨，即謂這次冒犯是生於國家的行動。萬一尙無效力，他可用刑法典第一百一十四條作護符；依之，駁案縱不能避免，但刑罰仍有未減的可能。況且最終一着，尙有內閣可以包庇。倘若內閣裁可他所行事，他儘可以不需法律的辨護。因爲在如此場合下，除非先得國務院的允許，他即不用對簿公庭。於是，憲法第七十五條遂成爲役

吏的特殊利益或無責任之逋逃。抑學者對於此物慎勿輕視，遂以爲該條憲法久棄勿用，早成具文。試徵諸歷史，介於一八五二與一八六四年之間，共有二百六十四次依憲法控告官吏的申請；就中只有三十四次獲准；其餘二百三十次皆被批駁。（註42）由此綜觀第七十五條憲法的非直道性質實顯而易見，而且法國人民苦之已久。雖以拿破侖的強暴，當一八一五年時，他亦不能不應允將來要把該項條文撤廢。不幸拿破侖即於此時一蹶不起，遂致不能自踐前言而已。

### 第三時期——第二次民國——1870-1908

在第二次帝國顛覆前之二年，人民公意力求三項徹底改革實施於法蘭西的官法。一八七〇年九月十九日，憲法第七十五條被撤廢。初，民國紀元八年，即一八〇〇年，執政院憲法成立，第七十五條條文始見於法國。其後，經過第一次帝國，復辟時代，阿里安王國，一八四八年之第二次民國以至第二次帝國，計易朝六次，歷年八十載，該條文繼續存在。顧事之足以深感英吉利政論家者，不徒在年代綿遠，而在於撤廢的時日與方法。試

問九月十九日爲何時耶？則普魯士漸次窘迫巴黎國都之日也。在一方面，敵軍既深入國境；在他方面，國中人士又自行組織臨時政府於國內。本來臨時政府的成立在道德上既無根據，在威權上又無倚傍；徒以外寇已深，國內人心惶惑，將欲安內禦外，臨時政府實有成立的必要而已。顧臨時政府方告成立時，國人正在忙於籌備，所以捍衛巴黎之際，當局竟有餘閒以問及法蘭西的法律中之一基本原理，而從事於改革。是亦一大奇事。至於改革的動機究竟何屬；此則非外國政論家所易測定。但有一種揣測，似與後來事實不大相違背；即是第七十五條條文的撤廢係隨便通過，後來亦不再惹起爭論，因爲這種改革，就表面觀察似屬嚴重，就實際觀察則是尋常。換言之。役吏的法律身分與行政權力的進展，並不因有此次改革而受牽動。（註48）

更有一種際會，足使英吉利法學者遇之而驚愕者，即是第七十五條條文的撤廢，雖則遲至今代尙未經立法機關追認，卻永遠繼續有效，而成爲國法的要則。一經提及此點，我們遂得於無意中邂逅法蘭西憲法原理中之一條定則。這是要說，法國所有法律及與

論，隨時讓與事實上的政府以極大威權。試徵實例：譬如，一八四八年的臨時政府怎樣能以成立，似乎無一人能預料；惟在倉卒間，突有一羣暴徒對於一政治領袖，由少數人歡呼，多數人附和，於是新政府遂以產生矣。這樣隨意組成的政府，直可謂之事同兒戲；但當其繼續存在時，法國輿論必加以承認，使得具有立法上之充分威權。申言之，這種臨時政府不但是一個立法的威權，而且是一個制憲的威權。他可以發號施令，在法律術語上稱之為勅令法（*Decrets Loix*）（註44）這種勅令法，非至被法定的立法人或立法機關將其撤回時，常有法律效力；而且他的效力之大足敵國民會議所制法律。然則法國人民能接納政府的威權而順從之若此，此則英國人所不能已於驚異者也。返而觀諸英國本國對於法律的見解（註45）則大異是。試徵實例：譬如，介於一六四二與一六六〇年，凡十八年間，英格蘭亦嘗建立許多法律矣。其中復有若干法律案本為克林威爾統治下之巴力門所通過。克林威爾者英吉利平民政治之監護人也；實則國內國外無不盡知其為英國事實上之統治者。顧在當時所立之法，無一宗法案被列入於議事錄，而成爲定法，以垂之久遠。



者何故？則以英吉利法家的守法精神實有以致之也。他們對於一六六〇年間之法律問題，除卻一個合法機關外，絕不承認有所謂巴力門的威權存在。這個機關便是長期巴力門 (Long Parliament)。長期巴力門嘗依立法手續而通過一法案以規定，凡非得巴力門自身同意，政府不能將其解散。這宗法案，同時並得到查理士第一正式承認，於是遂成爲長期巴力門的合法根據。詎意自一六四二年起，大革命 (the Great Rebellion) 發生；在此際，查理士第一時與巴力門尋仇；巴力門不爲之屈，乃自行發號施令，而所有法令不復以國璽蓋印頒布。巴力門法案於是乎有法式未完的缺陷；未幾長期巴力門亦淪爲殘餘巴力門 (the Rump Parliament) 矣。基於此理，英吉利法家遂不能承認一六四二年後之立法爲合法。由此綜觀，英國人民所有守法精神與法國人民所有尊重政府的傾向，蓋適相反對。後世學生對於此等反對政象當不免迷目瞽心，而難以鑑別雙方的是非長短。抑這一段文章所討論似乎離題太遠，實則爲題義所蘊蓄。在討論時，我們當可概見英國人與法國人，卽同在革命時代中，對於法律主治，亦具有殊異觀察點。

第七十五條憲法撤廢以後，尚有一段餘話，亟須補述。一八七〇年九月十九日所發勅令法，就外表觀察，似乎決定今後役吏的命運；即是自時厥後，凡被私人以犯法控告，這位官員應受尋常法院審判。卽就實際觀察，所有司法法院及行政法院在一八七〇至一八七二年間，亦不約而同懷此見。不幸，竟有一次司法判決爲之中梗，卒使這宗勅令法成爲有名無實。是亦大可慨已！先是，自九月十九日後，官吏被以犯法告發者極爲頻繁，此類事變至足以惹起政府的憂慮。於是政府不得不設法以保護他的僕役。卒之，政府自動地提出一八七〇年九月十九日的勅令法究有什麼效實的問題，交與新設的平政院（conlict court）（註46）請下判決。平政院旋交下法律意見，卽謂：檢舉官吏雖不須得請於國務院，然而權力分離的法律大義仍須尊重。因之，凡遇一件訟獄發生，究竟管轄權應屬於司法法院或行政法院（實際上卽是國務院），逐一案件均有問題；這種問題固不能取決於國務院，亦不能取決於尋常法院。換言之，惟有平政院纔能決定這種問題。（註47）自從這一道判決交下後，輿論翕服，因之案中大義遂以確立。誠以判決書所持理由實根

據權力分離的理論，而權力分離的理論又來自法國人民素日嫉忌法院干涉行政的傳統思想；由是，這宗判斷依一位法學宗師所論，卒能使撤廢第七十五條憲法的法令等於具文。是以杜歸言曰：『綜觀此事，我們可見今代法制與古代法制在互相比較時，只有一點相異：即是，當在八年憲法之下，所有檢舉官吏之發生於一八七〇年以前者，須先得國務院命令，而在今日，此舉須請命於平政院而已。』（註48）

## （2）國務院的判決

又依一八七二年五月二十四日法令，（註49）國務院凡有關於行政法的判案，自即日起，應具有司法判決的效實。原來此類判案，在前時的理論及實際中，（註50）上文曾經提示，不過視同一種獻議；獻議見用與否，政府自有權衡。惟經過此次改革以後，國務院的法律意見乃趨於司法化。自一千八百年以來，所有訟案的管轄權問題，即某一訟案應歸司法法院或歸行政法院（實際上大概就是國務院本身）審訊的問題，俱由國務院決定。這種權力，亦依一八七二年五月二十四日的法令，（註51）一概移交平政院。（註52）然則同此法令以判決言，固足以增加國務院的威信，又以管轄言，卻足以減殺國務院的威權。

## （3）平政院的設立

是亦一有趣事也。

平政院是一所獨立機關；他的組織務有所以公平代表雙方威權；故在一方面則代表大理院（此爲司法法院的最高機關），而在他方面，又代表國務院（此爲行政法院的最高機關）。院中推事共有九人；中有三人由大理院選出，又有三人由國務院選出，其餘二人則由該六人推舉。他們八人在院中任期各爲三年，但得連舉連任。而司法部長實爲該院之當然主席。徒以置身內閣而爲關員中之一人，同時又未必是律師之故，司法部長甚少躬親院務。於是平政院遂不得不添置副院長一人，由八人中互選一人充任。每當院長（卽司法部長）缺席時，副院長代行主席職務。（註53）以地位論，平政院幾乎成爲一純粹司法機關；因之，依法學宗師所觀察，他極能博得社會信仰。然而尙有兩點缺陷：其一、現任司法部長既爲內閣關員，又爲平政院長，因之該院行政常與政潮相關連；其二、各推事任期有限，而不能終身任職，因之缺乏一種完全司法獨立的保障。（註54）兩點缺陷，依據法家所論，極應改正。（註55）惟在未實行改正之前，平政院的司法性質殊有遺憾。而

自英國人的眼光觀察，平政院既有時須受司法部牽制，復時時受政府的意旨感應；該院必將不能完全獨立，至易猜度。而且此項猜度並非毫無影響。是故，遲至一九〇八年，一個司法部長因辨論部長應兼任院長問題，即謂：平政院中總應有一個人，以代表政府的利益。（註56）

上方所述三項澈底改革俱以立法行動實施，至足以應付時代的需要。（註57）驟觀之下，這種行動似乎進展極速，而又事起於倉卒。雖然，如此觀察並不得到事實的實際。其實，這三項澈底改革的成功，只得自緩慢而又繼續的思想革命，又得自國務院中之立法家的苦心毅力。正惟有了苦心毅力，這班立法家在法蘭西的法律思想與名理的領導之下，乃能脫胎於行政習例中之武斷力與專制性，以造成一部行政法的體系。然則為着明白行政法百餘年（1800-1908）來所有進化，我們必須綜覽該法所有整個的進展程途，而加以紬繹探討。申言之，我們所用工夫不要學歷史家一味記誦歷史上成事，惟須學公法學者，用歷史眼光以考察法國所有公法的生成。於是，我們將見行政法在一百零八年

間的進化可分三期。(註58)茲當分述之如下：

(1) 隱生時期 1800-1818. 在這十八年間，國務院以司法的先例爲工具，特創造多數原則。復依據這些原則，國務院當解決行政上之爭訟時，得以立決疑難。於是，行政法的體系遂以暗中生長。

(2) 明進時期 1818-1860. 在四十二年間，共有多次改革，少半由於立法，大半由於審判員所造的法律。當是時，國務院的司法功能漸次離卻行政功能而獨立。行政訴訟 (le contentieux administratif) 概歸專一委員會管理。最足注意者卻是，凡遇聽訟，司法委員會委員相與會合以構成一法庭；庭中不但有兩造律師辯論，而且公開聽兩造理由；辯論既畢，審判員乃依法式發表判詞。判詞公佈，旋受報告，報告既出，即得公衆注意。於是，判決案漸依司法成規造成法律，一如英吉利律所習見。簡約說，國務院的判決卒能取得先例 (precedent) 的威權。(解6)這是行政法的一大進化；較之法蘭西的大革命的成功不容多讓。徒以政治革命惹起世間注意太過，反致制度上之不斷生長渾然忘卻。

其實行政法雖有時緩進，或至卻退，然而終未嘗停止一步。即在第二次帝國時代，行政法不但逐日減去武斷力，而且隨時增加固定與顯著的法規。

(c) 組織時期 1860-1908. 最近過去四十八年為國家多事之秋，喪亂頻至。例如帝國改成民國，普魯士軍隊入攻內亂戰爭屢起屢仆皆是。然而在如此變亂之際，行政法卻能循序漸進而有條不紊。就中罕有猝變，即有，亦不能發生極大效果。譬如，一八七〇年九月十九日法令，與一八七二年五月二十四日法令，當以兩者相聯合而觀察時，似乎足以改變行政法的內容不少。但在實際上觀察，他們不過能將自一千八百年後國務院與大理院所景從以折獄的法律思想，返本還原，與發揮光大而已。倘若學者能取法蘭西自一千八百年後的法律歷史作整個的考察，他儘可以歸結於一句斷語：即是，行政部所有武斷威權，不管為拿破侖第一所運用，或為腓立與拿破侖第三所運用，縱未完全消滅，至少已經逐漸減削於行政法院的領區以內。是故，*droit administratif*（行政法）雖則執行於似法院而非法院的行政機關，雖則所依據以折獄的規矩不盡符合英國人所有

法治概念，實則漸次進步，而成爲近似法律。換一句話說，行政法與專制權力所使用的人情好惡的特權是完全兩樣。

### 第三節 比較觀察

試取法蘭西的行政法與英格蘭的法律主治互相比較，個中不乏很有趣的同點或異點。讓我們申述之於下文。

#### 第一目 同點

在本論開始以前，我們須記取一事：即是，惟有『現代』(modern) 英吉利法律概念，方能與盛行於法蘭西或大陸國家中之行政法成爲反比。若在其他時代，雖在歷史上尙未爲荒遠的時代，尊君思想依然流行於英國；在此際，兩國所有法律概念並非背道而馳。(註59)本來在信仰相同之地儘可以產生相同結果，於是，法國所有行政法似乎可以出現於英國，而造成永久制度。試徵諸歷史：譬如，自條多君主 (Tudors) 登位，以至司徒

(1) 行政  
法與十六  
世紀中  
之英吉利  
思想不相  
逕庭



雅君主 (Stuarts) 出亡時候，元首與公僕常喜主唱一種政治見解，極彷彿法國人民所接納的理論，不過這種理論所恃以發表的方式互相差異而已。惟其如是，英國在十世紀間所有內亂戰爭實起於法律問題及憲法問題之爭執。只以在一方面，君主失德，不能振作有爲，在他方面，人民又混宗教信仰於政治運動，於是內戰的真性質轉以晦而不彰。若以法家的眼光觀察，立於戰局之背後者顯然分作兩派：在一方面以培根 (Bacon) 及溫華士 (Wentworth) 爲代表，在他方面以郭克 (Coke) 及愛梨荷 (Eliot) 爲代表；雙方的政治家各有相當勢力，又各有正當主張，而爭點惟集中於一政綱。這條政綱是：大陸式下之強有力行政究竟應否永遠建立於英國。前者主張正面；後者主張負面。平心論之，培根及他的同黨誠不免忽略了一點；即是，增加君權實可以流於專制。然而他們絕對不要犧牲自由，或侵犯私人權利。只以在一方面，他們深見郭克的法治主義過於保守而滋流弊，在他方面，他們極願得一強有力的中央政府，庶幾有以制止私人或一階級出而作威作福；他們於是乎有正面的主張。簡約說，他們要把行政法所授與外國執政者，衣被於

英吉利政府本體。因此之故，行政法上之各種特殊形態，大與尊君派的法家所主張的特權或制度互相彷彿。

首先有一同點即是關於特權本身。特權，依倍根所陳說，是超於尋常法律的一件寶貝；猶之法國學者列大政方針於國家的行動以內。兩種權力皆不應受約束於尋常法院。其次，更由法院而聯想及於法吏，兩國所有見解大略從同。是故英國法院常有一隨感，即謂：審判員固然是獅子一樣，但只是王殿下之獅子。這是要說，這個獅子不應被用以妨害主權權力。（註60）法國革命政治家則謂：審判員，無論何時何地，不應擾害行政部的行動。倘若這條原則能依名理推闡，則所有行政舉措皆將納入特權的範圍，而不容法院過問。試徵實例：例如星法院（Star Chamber）在於英國，猶之國務院在於法國；兩者皆被用以行使特權，故所有權力必須極力增加。不寧惟是，即八年憲法之第七十五條亦不能無獨而有偶。（註61）他的匹偶即是倍根所條陳的停止進行狀。（解7）此狀一出，凡案件之牽涉君主利益者，審判員即不能干預。所以賈地納評曰：『倘若倍根能實行他的計劃，這』

一道命令狀的效實當可以抗衡法國歷次憲法所同有的一條著名條文，依之，凡政府的役人若非先得國務院許可，不能以執行公務而有過失之故，受人控告。本來這道英吉利命令狀所禁格只限於君主本身的利益，並不如法國憲法竟要推及官吏之毫無制限，然而兩者都是惡制度則無二致。』（註62）雖然，賈地納所論尙有待於補充，誠以這一道命令狀所含原理儘可以推廣至於無限，而且早爲倍根料及。所以倍根嘗上書於英吉利王曰：「這一道命令狀是一重要工具，爲古代法律所供給。若有案件關係君上的利益及權力者，依此狀尋常法院不能過問。申言之，只有樞密使可有權以承審此項案件。而且樞密使非他人，他是政府的顧問及元首的股肱。他的地位以受元首的知遇而保持，因之，他必須努力以衛護王室所有利益。』（註63）」倍根之言如此，若使能見諸實行，則行政法所有

一個基本信念必能確立於英國。這一信念是：行政問題應就決於行政法院。

綜括觀察：在一方面，行政法的法理思想至今還盛行於大陸各國；（註64）在他方面，特權的概念曾一度由君主倡導於十七世紀之英格蘭；兩者所有相似性極帶有思考的

價值。就法律的淵源論，行政法的思想，依多數法蘭西的著作家探討所得，似導源於大革命時代或第一次帝國時代的政治頭腦。但再進一步研究，他們不過仍胚胎於古代政治的習慣及傳統思想而已；如此主張在今日諒無人非議。至於條多及司徒雅兩朝君主所欲建立的強有力政府，究竟取法於何國，自是一個極有趣味問題；然而這個問題我們只好讓歷史學者去研究。在此地我們且以一結論作結束。這一結論是：法國歷史暗示我們以兩事：一是建立強有力行政制度於英國所以半成功的理由，二是這種嘗試所以卒致失敗的緣故。半成功的理由何在？在於十六七世間之英吉利政情，正與法國古代政情之利於有強有力政府者相類似。惟其如是，兩國的君權均賴之以逐漸擴大。然而英吉利元首所以最後仍遭失敗者，少半由於司徒雅朝中之君主自有慚德，但大半卻由於行政法的理論及實際，適與法律前人人平等的習慣相反對。原來這種習慣久為英吉利制度的主要特性之一種。

行政法以內容論，絕不似現代英吉利法律的任何部份，但以造法的方法論，卻與英

吉利法律相同。誠以行政法只是一種成案法（或名審判官所造的法律）。（註55）由是行政法的原理必不能自任何法典中尋出；他們只從先例得來。法國律師是以於此常懷一信念，即是行政法必不可以編纂，使成一部法典；如此信心恰與英吉利及亞美利堅律師對於英吉利法律，尤其是常法的信心相同。這種信心在他們的心目中似乎只可以意會，而不可以言傳；其實只是行政法的信士與常法的信士，蓋深知他們所讚美的法制不過是司法的立法所生果實；若一旦竟受編纂成若干條文，則在法國中之行政法院，一如在英國中之判官，所固有的立法威權從此以後必被限制。加之所有行政法專書，對於行政訴訟的成案十分重視；此旨亦與英吉利法律專書所有者無異。至於兩者所有原因亦屬同樣；即是兩種法律同是以先例為基礎的一種法律系統，因之，學律者與執法者必不能忽視成案。

不寧惟是，法國的行政法與英吉利法律，因同為成案法之故，同樣受裁成於法律教本及法律解詁的著作家。是故，在英吉利法律中，常有著名作者董理所有成案，而納釋箇

中原理，以成專書。自此書出，法律中之某一部份往往被整成少數簡明規則。例如，從前所有訴訟法不過是寄附於律師的經驗中之零星規矩耳，自斯梯芬(Stephen)之書發表，訴訟法遂被造成一個有名理的法律系統。又如，國際私法之所以能在今代英國中成爲有系統的法律者，最初由於斯託梨的『抵觸法解詁』爲之促進；最近由於西湖(Westlake)的『私國際法』爲之完成。同樣，在法國中，亦有作家或大師，例如，郭麥能(Cormenin)、馬加列(Macarel)、微微恩(Vivien)、拉斐梨耶(Laferrière)及倭理呀(Haurion)等，或以文章，或以講話，各出心得以教天下後世，而有所貢獻於現代行政法。由此可見凡在法院能造成法律之地，卽爲著作家可以剪裁及整理法律之地。此外，尙有一事必須提及：卽是，在各部份的英吉利法律中，除卻些須部份已受編纂成法規者不計外，法院報告有極大貢獻，因而佔居極重要地位；報告在行政法中亦有同樣貢獻；及佔居同樣地位。此旨可以依同理推闡，故不贅論。

雖然，行政法與英吉利法律比較之下，所有類似點起於成案法者固有許多，但類似

點並非以成案法爲限。介於他們所有歷史的進程中，還有奇怪相似點在。試觀國務院在最初成立時，本來是一所行政機關，嗣後院中司法職掌漸被分開於行政職掌以外，而前者乃被移交於院中之司法股 (sections)。自司法股或司法委員會（此係英語所有稱呼，卽是 judicial committees）分別成立，他們復徐徐負起一所法院的任務。其始，這些司法委員會只能備員顧問；其後，國務院對於委員會所條陳一概採擇；於是在事實上司法委員會不啻代國務院行使審判職權。這種事實恰與英吉利司法制度所有生長的過程適相脗合。原來英吉利諺語中有一句話，卽謂：『英國王是直道的源泉。』這是要說，司法權力應由君主自行運用。既而君主不能事事躬親，司法事務乃以『御前會議』（the King in Council）的名義執行。在此際，英國的樞密院（Privy Council）恰與法國的國務院佔居同等地位。我們翻閱古代英吉利歷史，得見樞密院在那時所有任務並無行政與司法的區別，當知國務院在最初成立時，未嘗將該院自身與所謂司法委員會（註66）劃開，原不足引以爲怪。由是，再將歷史向後追究，我們當不難闡明院中之司法職

掌，在進化過程中如何被分開於行政職掌以外；又自分開以後掌理司法任務的機關如何蟄蛻而成爲獨立的法院；更自獨立後，法院如何演進而專理詞訟，至於院中所有行政事務乃不過成爲歷史上之遺留物。而且這種分異的過程，在法國一如在英國，有時須藉助於立法機關。譬如，法國國會最近曾以法案改造國務院，使之成爲一所真正行政法院。此舉恰似巴力門特設司法委員會於樞密院，使之成爲殖民地司法的上訴機關。抑此外尙有一點，雖屬次要，然亦不可以不提及。原來國務院的判斷，在一八七二年以前並不被視爲真正判案；他只是一種陳議，由國務院陳之於行政首長以供採擇而已。其在英國，樞密院的判斷亦被作如是看待。是故樞密院所有判斷，縱由院中司法委員會代辦，絕不能視爲司法判決而應卽執行。申言之，這種判斷只是樞密院奉答元首諮詢之一種法律意見，至於執行與否，權在元首。此項方式的起源，在今日本已成陳跡；但一加追問，我們須溯源及於英吉利憲法史之初期。當是時，英吉利人民方竭力維持法律的至尊性，以爲自由的保證；若使樞密院（實際上卽是行政部）得以干涉司法功能，則法律的至尊性必遭



危害。最可異者，這個兢兢戒備的時代不但一度出現英吉利憲法史，而且重新出現於復辟以後之行政法歷史，即介於一八一五以至一八三〇年間之歷史。

在那一時期中，國務員或國務院的參事，上文已經述及，（註67）概由行政首長任免；因之，他們只屬於一種政治的從屬機關。而且在那時尚未有平政院的設立，所有法院的管轄權問題概就決於國務院。於是國務院在實際上，即可以擴張本己的管轄權。凡諸如此類之策畫無非欲用國務院為工具，以收縮司法法院的活動範圍。同時，我們必須緊記，尚有八年憲法第七十五條以保護役吏，使尋常法院不能問及執行公務時所犯罪過。然則政府之所以為自身謀者可謂無微不至。詎意當代的國務院，因深受法律及直道思想所感化之故，不但不僅從命令，而且極力反抗王黨的反動行為。所以該院對於一七八九以後及一八一四以前所有公共領土的變賣則加以維持，對於大革命時代下，或第一次帝國時代下所有行政判決，若遇有推翻此項威權的嘗試，則加以否決。法王深恨之，乃設法奪去國務院之權，而移交於院中參事之各個人。法國於是有一八一四年與一八一七

年之法令。這兩道法令均授權於君主，使遇有關於公家利益的政治爭執，不發交國務院判斷。判斷之責交由院中別一機關名大臣會議 (Conseil d'en haut) 處理。大臣會議由君主與閣員會同組織。於是，大凡政府所關心的行政法問題，只可由君主與大臣依政治成見判決。就是一所半司法機關如國務院者，他們亦可以不必諮商。(註68) 惟其如是，法蘭西在一八二八年特堅決要求查理士第十改變判決程序，以減殺國務院的權力。查理士第十無可奈何卒如所請。(註69) 綜括以觀，我們當無怪法蘭西人們十分害怕武斷權力的增加，復無怪法蘭西的自由黨徒，趁一八三〇年之革命，要求將行政法與行政法院廢除。當是時，他們對於國務院感有極大危懼，恰如十六七世紀中之英吉利人們害怕樞密院的威權。不管由該院自行運用，或由星法院代為運用，或由衡平法院 (Court of Chancery) 代為運用，他們都以樞密院的威權為可怕。綜括說，兩國人民雖在異時異地，但各不免惴惴危懼，誠恐特權或將代法律的至尊性而主治。

這番比較工夫甚有裨益；比較之餘，我們不覺得一特殊印象；即是，彷彿行政法的制

度幾乎可以產生於英國。而且這番工夫總應帶給我們以一種感覺：即是，倘若行政法真能以司法精神實施，人民當受益不淺。如其不然，倘若他竟不能嚴格地成爲法律，倘若他只能做成一種超於國法的武斷權力，而又與行政部密切繫屬，我們在比較之下，當知行政法在此際確帶有許多危險性。試徵實例：例如，十六七世紀中之樞密院的管轄權，甚至星法院的管轄權，雖則後者的名字得人厭惡，未嘗無功勞於社會。徒以當代愛國志士太過熱心於擁護常法，他們遂不免忽略星法院所能爲。其實他們所有狂熱尙不止此。倘若他們果能爲所欲爲，則不特星法院被廢棄，甚至衡平法院且將被裁撤。誠以衡平法院即以樞密使 (the Chancellor) 爲院長，而該使在實際上不過是元首的役人，他的地位得失全視君上的喜怒：因之，他必須復不難，藉口促進【直道】(justice) 與【公道】(equity) 而摧殘常法所有固定性與儀式。然則介於十七世紀中之英吉利清教徒，與復辟時代之法蘭西的自由黨徒之間，他們所佔地位可謂無獨有偶。如天之幸，自由的朋友在兩國中均得最後勝利。

雖然，他們所獲勝利的結果卻是各不相同。在這方面，巴力門既摧敗星法院，又使樞密院的武斷威權永遠不能存在；同時，他並不許任何行政法或行政法院再生或發展於英國。在那方面，法國自由黨徒在放逐布蓬（the Bourbons）之後，並不廢除行政法院，復不掃蕩行政法。

這種別異至足注意。但任一學生，倘非皮相，必能發見根本的異趣於外形所有相似點之中。試觀星法院被廢，而樞密院的武斷威權復遭褫奪；但樞密使的司法權力，在長期巴力門時，或在一六八八年革命後，年年召集的巴力門之下，絲毫不受牽動。箇中所以致異的理由並不難以尋見。原來樞密使所執行的法律即爲公道法律（解8）公道法律的本身在開始時雖含有武斷權力的要素，但在實際上他大有造於當代老百姓。較諸尋常法院所施行的常法，他實能優勝甚遠。縱在一六六〇年以前，即在克林威爾將死之前，善觀政者儘能鑑別箇中優劣，復能覺察公道法律不久將要發展而成一宗固定法律的體系。將欲在折獄時使兩造各得其平，樞密使有時誠不能不運用裁決權力（discretionary

power) (解6) 以掩護或伸張君主所有特權。然而公道的進展決不以法吏的專斷爲唯一途徑；反之，卽在那亭含爵主 (Lord Nottingham) 時候 (1673)，公道已能發展成爲一宗有固定性的法律系統。這宗法系所應用的法理，雖迥異常法所用；然而他所有法律形式確然無所游移，關於此旨，公道初不讓常法專美。惟其如是，公道法系在此際當不復受專制主義利用，故英國政治家不再視之爲危險物。又以此項法律雖導源於變態下之政治，但既經多次改革，已成良法，英國政治家更不忍加以摧殘。至於十九世紀中之法蘭西人們所以待遇行政法者，本無殊於十七世紀中英吉利人們所以待遇公道。譬如，試以事實言，自當代公意觀察，行政法誠爲衆矢之的。許多公法家常願望行政法院的職權可以移交尋常法院，甚至主張廢除行政法者不乏其人。然而最終關於行政法之攻擊概被否認；關於行政法院與司法法院的分立依舊維持。又試以情理言，箇中所有緣由卽亦不難解釋。本來行政法實未能臻於完善，行政法院亦多有缺點；但兩種制度所以不至終於見棄者，只因法蘭西人們真能感覺他們的存在爲有利。卽就反對最嚴厲者的言論觀察，他

們不但承認該制度所有優點，而且以爲該制度的運行能與法國其他政治制度所有精神相契合。同時，行政法幸能脫逃政客的支配，並能歸法律專家運用；於是在最近五十年間，不但他的武斷性質漸次減除，而且他的固定性質漸次增加。故行政法在今日已成爲一種確定的法律系統，且受執行於行政法院。所可惜者，行政法院尙不免帶有若干缺陷，卽如完全獨立於政府一節，所有英法兩國人士均有同感，謂凡爲法院者所應具備；但行政法院在今代尙告闕如。如之何其可？然而無論如何，行政法院在今日終不應被指爲政府的行政衙署。由此觀之，任何人倘能通曉英吉利司法行政的歷史，自能遙望行政法的進展過程，而測定未來進步的可能性；卽是，行政法在法律專家的領導之下，最終必能演進而至成爲法蘭西法律的一支派（法律一名詞縱使在此處爲嚴格用法，亦無妨礙）。這種可能性並非虛造，實則可以公道法律的歷史解證。原來公道在英格蘭中，當造端時，不過是道德觀念；然而二百餘年以來，他久已被認爲英格蘭的法律之一部份。

最後尙有一點可供行政法的史記抽出，用之可以解明英吉利法律的初期歷史中

之一疑團這一疑團是：只要法院能存在又能繼續工作，一宗法律系統就可以非常迅速創造或伸張於全國。試先審察英國法律方面的成事。任何人，倘若曾經讀過普洛克（Pollock）與梅蘭（Maitland）合著的『英吉利法律史』，會要驚異，復不解『王庭』（King's Court）（解9）所逐日施行的法律何故竟能普遍推行於四境，有如是急性的速率。這樣普遍推行自然是一種法律革命；可是這種法律革命似乎只是一個自然結果，特由一所法院努力執行司法職務而產出。此外尤有不可解者在，即是，這種效實似乎並非法院着意期求而得到。大概說，他的成因約有兩源：第一，能幹的判官當聽訟時常喜多引用特種成案的判決，而且絕少引用概括原理，因之，新判決只以成案為導師；第二，下級法院常有一種傾向，即以上級法院為領袖。這種傾向至足以解證他爹先生（Mr. Farde）的名著『風尚律』（Lois de l'imitation）所極力發揮的一要義；即是，人類所有模倣性可以解答兩問題。第一問題是任一制度或習慣何以能風行全國？第二問題是任一制度或習慣何以能風行全世界？雖然，倣效是一事；倣效而成功又是一事。將欲以司法

的領導而造成一宗法系，這種成功，以事實言，必需長久期間；然而王庭竟能以短促時候成之。此則讀史者所不能不驚異而嘆爲神速者也。試以史乘上之日期一證我的斷案。譬如，自諾爾曼征服以迄愛德華第一登位，即自一千零六十六年起至一千二百七十二年止，爲期僅過二百年耳，英吉利法律的基礎竟能確實建築於是時。又如，倘若我們規定司法系統的組織開創日期爲軒利第二登位之年，即一千一百五十四年，我們即可作一結論；即謂，這次法律大革命之成功爲期不過百年。世間所有神奇事實孰過於此關於這一點疑難，行政法的歷史至足以相助比較法律學的學生解決，使之渙然冰釋。

雖然，當在法院的道德感化力方興未艾之際，法律原理及訴訟程序自能迅速發展，我們固無庸對於此項現象大驚小怪。是故在現代文明之下，我們固能及身親見一部份法律規矩及原則，與一宗半司法的訴訟程序，曾經以百有八年的期間生長於法國。『生長』(grow up) 兩字用在此地，極有斟酌；誠以行政法在一千八百年至一千九百零八年間之發展純屬自然演進。緣播以觀，我們可知法蘭西行政法，酷似英吉利憲法，「並非人



造，卻由自然生長。」

## 第二目 異點

(1) 行政法不應齊觀英格蘭的法律之任何部份

大凡一個穎達學生，如果能博學深思，將於短促時間發覺行政法的底蘊，即是箇中包含許多規則，用以確立官吏的身分、職務及特殊利益。因此之故，他或不免貿然平列行政法於英格蘭的法律之任何部份。申言之，凡在英格蘭中，不論法律、規則，或習俗，只要用來測定元首的僕役或內務（即將軍職除外）官吏，依他的見解，俱可齊觀行政法。這樣『官法』（Official Law）固然存在於法國，亦存在於英國，於是取兩國所有以作比較研究，自是可能的事。但試再進一步考察，英國的官法實迥異法國的行政法。前項法律，不管是什麼名稱，倘若被用來規定內務官吏所能為及所不能為，只是一個階級的法律；恰如陸軍法律一般，他不過是軍人階級的法律而已。至於後項法律決不是這樣；反之，他是一體的法律，在一定場合之下，可以牽動任一法蘭西公民的權利。譬如，某甲控訴某辛於尋常法院，但尋常法院卻不能直接受理；固為兩造所有權利須依行政的行為以決定，而行

政的行爲所惹起問題又須取決於行政法院。由此觀之，行政法實不是內務官吏的法律，卻是法蘭西公法中之一部，凡法蘭西人們對於公家行政的行爲所有關係均受制裁。所以行政法與法蘭西尋常法律的繫屬決不同特種階級所有法律（例如陸軍法律）與英吉利尋常法律的繫屬。但前者卻於英國法律中有一天然對偶，即公道法律與尋常法律的繫屬是。誠以行政法之在法國，恰如公道法律之在英國，逐一法律皆能於本國中構成一體的特殊法律；在一定場合之下，這種法律儘可以變易每個公民的日常權利。

行政法不能齊觀英國所以管理內務官吏的法律既如上述，然則在一轉念間，我們似可視之同於一種規定政府所有功能的法律。譬如，在各國中此項法律固然存在，即在英國中，年來以國家的活動日增之故，此項法律未嘗不漸次生成。試徵實例：例如，工廠立法紛起於十九世紀之下期中，實因監督廠主以保護工人而設；此類法案不但給政府及官吏以極大權利，而且加政府及官吏以極重義務。如果行政法真能與此類法案的綜合體相似，行政法必然具有英國中之『政府的法律』所有通義。加以法國宗師（註70）時

以廣義界說解釋 *droit administratif* (行政法) 英國學者又漫然以 *administrative law* (行政法) 一名詞相對譯，故就名詞論，行政法似乎可與英國中之「政府的法律」齊觀。但實際又不是如此。因為行政法在實際上並不要規定官吏所有權利及義務，卻要約束私人與政府的代表所有關係。討論至此，我們觸起英吉利法律與法蘭西法律所有根本立異點。是故在這一方面，元首及公僕的權力有時可以增加；有時亦可以減省。但無論或增或減，這種權力必須依照常法的原理而運用。是何以故？則以常法能統治全國人民所有相互關係故。譬如，工廠稽查從巴力門的法案取得若干特殊權力，倘若奉行命令時至於越權，他必須自負責任。申言之，這種責任不能以奉命行事求解免，同時，所有侵害行為必受治於尋常法院。而在他方面，行政的權力縱使有時被減，私人與政府的相互關係終不能齊視私人與私人的相互關係。惟其如是，行政法的根本思想絕不同英吉利法律的根思想。前者不但分別兩種關係，而且歧視兩種關係；蓋政府與私人所生關係屬於公法範圍，而私人與私人所生關係則屬於私法。（註71）後者則一律齊觀所有公私關

係。因此之故，這種根本立異，實足使行政法無從與英格蘭的法律任一部可以比擬於倫。由是，法學上有許多問題，法國宗師視爲急切重要者，英國學者從英吉利法律的立場觀察，則以爲無意義。舉例證之，則有何謂行政訴訟？行政的行爲與公共權力的行爲有何分別？行政法院及司法法院的管轄權如何分界？

(2) 行政  
法在實際  
上未嘗輸  
入英國

行政法在最近數十年內，曾被輸入英國而構成英吉利法律的多少量成分否？這一問題曾經法律學者（註72）屢次提起，至今尙未解決。我們應與之以否定答案。

最近六十年間，英國政府的權力誠常時擴大，因爲國家擔任許多新職務，爲從前所未有。譬如，自有工廠立法，政府遂干預產業問題；又自有教育法案，國家遂問及教育行政。不寧惟是，事有爲中央政府所不能親爲者，國家儘可託於地方政府；由是國家的權力遂間接地增加不少。雖然，增加國家的權力是一事；輸入行政法又是一事；我們絕不能混兩者爲一談。所以無論任何官吏，如果依法行事而至於越權，必須肩起常法上所課的責任。一切法律責任，無論大小，均由常法法院測定。當測定時，常法法院不但可以審問他的法

律權力所有範圍，而且可以審問他的上官命是否合法。由此觀之，法院對於國內一切行政的行爲固能干涉，又能限制。試徵實例：例如倫敦市教育局曾有一度嘗試，要強市內納稅人們增加賦稅以維持高於小學教育的學校；但高等法院在審問之後，特否認此項權力的存在。又如一二年前曾有幾個官吏，奉行海軍裁判所命令，強佔土地，據稱此土應屬於元首。隨後，此土的管領權有人爭執，常法法院在訊鞠之餘，特判決該官吏不合佔領民地。在這種訟案中，所有法律爭端至屬精微，但任何英吉利律師，無論對於法院的判決作什麼批評，均不能反對法院，謂法院無權以測定倫敦市教育局或元首的能力。

行政法以此之故，實至今未嘗插足於英格蘭，至無疑義。顧外國尚有政論家，謂英國近年立法有時別有用心，特給與官吏以司法權力。但試一考察所舉例證，我們自見行政法的意思在此類法案中，至爲微薄，幾乎不可辨認。倘若間有新法參雜，此則純爲便利起見；他們並不足以表證英吉利政治家曾經有意將本國法律的主要原理大加改革。綜括以觀，在英格蘭中至今依然未有行政法存在。

雖然，我們必不能因為行政法不同英吉利法律之任何部份，便斷定現代法蘭西所有行政法，若以嚴格觀察，實不是法律。同時，我們更不要斷定行政法只是若干條原則，依之，行政部得以運用武斷的或裁決的權力。這種意念確是謬誤，我希望讀者在此時已能十分明白。不過關於這種誤解的存在，實有可以原諒之處，甚至具有正當理由，我們亦不能責備太過。

按實言之，法國政府對於政務，尤其是對於外國人，能運用極大裁決的威權；這種威權復不受任何法院控制。至於國家的行動，在施行後，行政部或他的僚屬不能因此故被糾正於任何法院的管轄權。但試問何為國家的行動？則有名作家言人人殊，（註73）似乎至今日尚未有一定界說。（註74）在此際，英吉利法家對於所有陳議，自然不能作左右袒。不過他總能作成下方一種揣度：即是在紛亂時候，法國政府可以自由運用裁決的威權，而不憂尋常法院干涉；至於行政法院本可干涉，但仍不願為；大概最後歸宿只得與國家的行動為行政部解釋耳。即由這一部揣度，我們可見行政部具有極大特權一節事實實在

英國人的心目中，常與概由官吏構成的法院所施用的行政法之性質相混。

不寧惟是，尋常法院在法國中，常受束縛於法律，致令不能干涉行政部的行動；此項束縛又自英國人觀察（因為他習見英吉利法院能自行測定本己的管轄權之故），似乎等於壓低其他國家的威權，以屈就行政部的裁決。這種觀察仍是謬誤，然而這番誤會實由偶然發生的事實所湊成。原來行政法的性質及存在，最初概由篤奎爾的著作而暴露於許多英國人之目前（至少在作者的目前是有如此作用），故篤奎爾的著作有大功用於十九世紀中之英格蘭，恰如孟德斯鳩的著作有同樣功用於十八世紀中之英格蘭。但篤奎爾本人於壯年時，曾自認對於當代所有行政法不甚明白。（註75）迄於晚歲，他的學識自然與年俱進，不過他對於行政法的態度頗為奇特，此又不可不知。申言之，篤奎爾當研究行政法時，不站立於律師的地位，卻站立於歷史家的地位；即就歷史家的地位論，他仍以歷史上之特殊見解，而作行政法的研究。這是要說，『古代政治與大革命』為篤奎爾的晚年傑作，而該書的主旨實要確立一條大義：即是現代法蘭西所有制度，在許

多方面，實與前代君主國所有者之精神殊無二致。本來這條大義當最初出現時，似爲不可通，但經過他的工作之後，已成真理。不幸正以過於篤信謹守本旨之故，篤奎爾對於大革命時代、帝國時代、以至民國時代的法蘭西與君主國家時代的法蘭西之同點，實不免言之過當。而在各種制度中，尤以關於行政法的論述最多有這種傾向。其始，他表證行政法的基本概念早爲一七八九年前之法家及政治家所接受。其次，他提示行政法在君主政治下之武斷。末後，他不但堅執司法與行政在君主政治之下密切聯絡，而且痛詆此項聯絡爲不幸；於是他復進一步斷定十九世紀的行政法與武斷權力極相關連，恰如十八世紀的行政法一般。

就篤奎爾的結論考察，他實未能見及行政法在他的生時所有潛移默運，而自經此項潛移默運，行政法的性質不免爲之大變。況且他更不能料及行政法在他的死後半百年間所有屢次改革，而自經屢次改革後，行政法的內容已不復如前日的簡陋粗暴。惟其如是，則凡英國法家倘須賴有篤奎爾的著作，然後明白法國所有制度，自然不能覺察法



國更有所謂行政法的司法化 (jurisdictionalisation) 當無足怪。然而行政法的司法化，在法蘭西法律歷史中，實爲一個最可驚及最可注意的現象。

### 第三目 優點及劣點

討論同點及異點既畢，我們還要比較這一方面的英吉利法律主治所有長短和那一方面的法蘭西行政法所有利弊。

法律主治，在英國中有不可否認的極大利益。個人的自由得所保障遠勝歐洲各國。試徵實例：例如，出庭法案（註76）呵護外國人的自由，無微不至，並不讓本國人獨享此項權利。又如，戒嚴法（註77）被收縮範圍，至於極狹，而且被尋常法院監督極嚴。更如，司法權力的擴張足以打消權力分離的信念；再加入司法獨立的保證，所生效果實爲民間對於判官的尊敬。是以在英格蘭中，能代表國家（英吉利語則用元首一名）的莊嚴威勢者不是政府，卻是判官們。至若陪審制度則不免常受攻擊：某一法國著名思想家批評之不遺餘力，即謂：以訟案中之困難部份，如事實問題，就決於尋常百姓十二人，只是一種荒誕

辦法，其荒誕一如問神審訊或決鬪審訊。以我觀察，這種批評或未嘗無理由；不過陪審制度所以能成功於本國者，亦不是偶然事實，箇中蓋有主要原因在。這種主要原因就是民衆對於法庭的信仰。本來各個陪審員的智慧及教育至屬平凡，然而尚有審判員在審判員在名義上是他們的同僚，在實際上卻是他們的導師。惟其如是，衆民院實能體會選民的意旨，特將選舉訴訟一概交由高等法院處理。甚至當特殊事變發生，有如一八六六年余田 (Sheffield) 之役，似非尋常司法手續所能馭，全國民衆亦惟引領以望法院中所選出之審判員出而負審問之責。現代勞資衝突可謂甚烈，但每遇爭訟，無論廠主或工人，亦惟高等法院的審判員之命是聽。綜合以觀，我們可以推知民間所以尊敬法院，並不要服從個人，只要服從法律。換言之，法律的至尊性是民間對於判官的尊敬所從出。

法律主治固有許多長處，但未嘗無短處。是故在法律主治之下，法院不應成爲政府的工具；若法院竟被轉變爲政府的工具，箇中有極大危險。在此際，法律主治不能爲法院所以被設立的終局；他只成一個虛懸的目標，爲法院所不能趨赴。其在歷史上未嘗產生

尊崇法律與敬重法院之地，法律主治尤不適宜。（註78）加之尊敬法律易流於一種呆板的法律精神，以致妨害國家利益。譬如，僭官吏於平民一種政治風習，固足以制止元首的武斷特權，使不發展於英格蘭，但這種風習，在許多方面實足以爲害於公家役務。

按實言之，公家役吏的溺職常比私家傭工的溺職較爲重大，因之，應受較嚴處分；但這種事實法律似極緩於承認。在一八七八年嘗有在公署中抄寫者一人，私洩一件重要外交公文於報紙。此項行動可謂罪惡重大，但法律上似無明文足以處罰這種嫌疑犯。倘若有人能證明他曾經攜去用以抄寫此項公文的紙張，他儘可被以盜竊罪被審訊。（註79）然而當一囚徒在實際上本犯重大罪惡嫌疑，而在名義上卻以較輕罪名待訊，若輕罪不能成立，此人即可受釋放。迨至一八八九年，巴力門有公家祕密法案（註80）之通過，以規洩漏公家祕密之罪；於是這件行爲不能逃罪。但該法案所有程式，一依其他英吉利立法的程式，並不確定一概括原理，使凡有負公家信託，即成罪惡。因此之故，凡官吏失職，在他國必受重懲者在英國仍不能加犯者以何等罪名。

抑在英吉利法律中，凡官吏奉命行事，而至於侵害尋常百姓的個人權利，縱使他以善意執行上官命令，亦不能引以自衛。又凡官吏犯了罪過，他必須受治於尋常法院，概與尋常百姓無異。而且在這一類法院中，裁判事實以測定罪狀者，即是上文所論及之陪審團；團員的智慧及教育並不超過尋常百姓。凡官吏受諸如此類之待遇，自公家利益立論，亦未見極為有益。

將欲證實此說，我們最好審察民間因將次出海的船艘被留難事而控告商部的訟案。原來英國自一八七六年後，巴力門迭次通過商船法案；在此類法案之下，凡遇商船不適於航海者，商部須依法扣留，不許放洋，以免危及人命。（註81）法律的用意既已明白宣示，人皆以為商部只要能以誠意奉法，當可無憂受害於船主人。詎意事實並不是如此。商部及部員曾經多次控告，復多次受罰。（註82）至於被控的罪狀既不為有心作惡，亦不為放棄職務。換言之，他們實不過因公受累。由此觀之，所謂純以行政的身分執行公務的一件事實，殊不足衛護該部；又所謂奉行部令的一句話，亦不足包庇部員。不寧惟是，若使在執行

法律時候，對於法案的條文稍有差池（譬如，就是只將一無所謂的程式略去），執行人，無論官職大小，皆是做錯了事的人。在此際，有一問題最屬重要，因為答覆這一問題的答  
案，即足以決定執行人的幸運。這一問題是：該船何故被留？箇中究竟具有準情度勢的理  
由否？但不幸審問此項答案的人員又以陪審人擔任：因為隣里的感情關係，陪審人大概  
表同情於船主人所受留難的損失，而不甚能諒解稽查員所以愛惜人命的苦心。其結果：  
商部及部員只得以無辜受累；商船法案的效果幾等於零。原來陪審員大概胸有成見，不  
願贊成政府的行動。然則此項結果所至，當無待問。況且這種法律問題，概屬專門學問與  
經驗，本應諮詢專門名家；今乃以之取決於素無研究的尋常百姓。此等措施寧非怪事。加  
之，政府的行動本要謀公共利益，今乃置之於被告地位，使不能不謀有所以自全。箇中所  
有悶葫蘆誠不可解。凡諸如此類的矛盾事實亟應記取，因為他們縱不足以辨護，至少亦  
足以解明一種主張：即是，所有政治家（雖以篤奎爾之傾於左袒英吉利制度亦不能免）  
均堅信行政問題應就決於行政法院。

行政法  
他的優  
點

現代法蘭西行政法的優點（即就最好處着眼），大抵不爲英吉利憲法學者所注意。（註<sup>83</sup>）其實，國務院當被用如一所行政法院時，嘗用盡全力，費盡心機，以造成對於濫用威權的種種救濟方法。只就這一點觀察，行政法院誠遠勝尋常法院；任一公法學者均不應忽略。大凡行政機關一有越權行事的行爲，國務院在今日均能主持公道，以擴張個人的權力，使得攻擊此項行爲，並使在遲早間將此項行爲撤廢。譬如，一個郡守發令，或一個團體製定公約，倘若命令或約章有越權處所，任何人，不管曾否受過這種條文或規則侵害，均得仗義執言。一經檢舉，這樣命令或公約旋被國務院審查；審查得實，他們一概被廢棄不行。加之，官吏的行爲所生罪惡，概被仔細審察，而得到兩類精密區別。其一類生成於官吏（例如郡守或市長）的惡意、暴行、或怠心；這是私己罪過（*faute personnelle*）。其二類生成於上官命令的本體，或爲非法，或爲謬誤；這是公務罪過（*faute de service*）。這種精工的區別，（註<sup>84</sup>）有兩種功用。第一，凡尋常百姓受了威權誤用之害，後項區別可給與他以救濟辦法。第二，凡官吏，在執行公務時，做錯了事，前項區別得課他本人以行爲

的責任。這種責任復得被尋常法院徵取。以我的觀察所及，行政法在國務院的指揮之下，洵是正直無私，毫無偏袒。試徵引一實例，以資解證：譬如，火柴在一八七二年，一如今日，係國家的專利品。爲着要實行專利，法律特授權於政府，使得以強制力收買私家所辦火柴。計算之餘，某部長以爲將欲使政府不至多費金錢，莫如減少現有的火柴廠數。郡守者，政府所能直接使令之僕役也，實有權以執行衛生法令爲詞，將工廠停閉。某部長於是授意於郡守，即假衛生之名，使停閉某甲所有工廠。郡守既受命行事，即未嘗犯了私己罪過。因之，尋常法院不能課他以行爲的責任。（註85）而且我們還可以再加一句；卽是在如此際會之下，就是在其他行政法院，（註86）此案亦無由受理。天幸，某甲提起訴訟於國務院，國務院又能主張公道，斷令郡守收回成命。最後，某甲以國務院的明斷，還取得二千金鎊於政府，以爲因非法而被封禁的賠償。賠償之後，政府然後得以善價收買該廠。（註87）

國務院既能伸雪人民冤枉，又能應付尋常百姓需要，我們當無怪該院能積極發展。於是，行政法在現代法國，恰如公道法律在於古代英國，兩者均能進展無礙而孳生不已。

雖然，此非英吉利人所能易領會者也。誠以素來習於重視法律主治，而在法律主治之下，尋常法律處於至尊地位；同時這種至尊性實由尋常法院維持。惟其如是，行政法自他的眼光觀察，不免受許多嚴重批評。

他以爲國務院的威權愈增加，尋常法院的尊嚴將愈以低降。是以西班牙有一諺語，卽謂：『多者愈增而愈多；少者愈減而愈少。』卽在英吉利歷史中，亦嘗有一時代：在此際，樞密使的司法權力暗與元首的特權相結合，常法院則與之立於相反地位，專以保護國家與個人的自由爲事。當前者的勢力愈漲時，他幾乎可以凌駕後者。於是依同理推測，他終不能不謂國務院及司法法院的地位實互爲消長。雖然，此非的論也。試觀法國有許多法學專家，嘗權衡雙方所有地位之輕重，而加以比較，卽謂：國務院人員須受政府直接任免，是以他們不易獨立於政府以外，至於法院雖有任期終身的保障，但以希望政府與以陞遷之故，（註<sup>88</sup>）獨立的地位亦不易保持。

陪審制度，依法國法學者的批評，是一種兒戲；若就公家利益之關係觀察，此項制度



更是一種極不良的兒戲。(註89)試觀法國中之法院：懲戒法院概不設陪審員；惟巡迴裁判法院乃以法官主席，陪審員公斷。於是所有原告人或犯罪人，雙方皆喜前者，而不喜後者。原告人明知凡在懲戒法院一被證實犯罪，罪人即受懲罰。犯罪人亦明知，雖則在下級法院中，他儘可因不得到陪審員的同情之故，而失去立被開釋的機會，但仍可希望不至於親受較重刑罰。是以箇中有兩件事實至爲確切易見。其一、自一八八一年後，審判員不能再有權以訓令陪審員；於是，年復一年，取決於巡迴裁判法院的訟案數目愈見減少。其二、司法法院的訴訟程序，不管是民事或是刑事，漸覺繁重而不適用。至於國務院中之訴訟程序則異是。此項程序的製定一概根本現代法律思想，即是簡易、便宜與效實。司法法院中之大理院尚能博得民間尊重；其他法院漸見衰頹，院中審判員絕不似英吉利高等法院中之審判員，能運用司法權能，復能取得道德上之信仰。

更自保障私人權利着想，英吉利人誠不易相信行政法院，在與政治有關之爭端，尚能極力以保護私人的權利爲幟志。若在英國，不但本國人所有權利，即外國居留者所有

權利，亦被一視同仁。但無論如何，只要一就尋常法律與行政法的區別（再加入法國法學宗師所主張的權力分離理論）觀察，我們即可明白法國人的心中內蘊。蓋謂當以誠意執行公務時，官吏必不可受尋常法院監督。這種心中的內蘊可以引用許多事實證明。爲着保護國家的役吏，刑法法典於是乎有第一百一十四條之規定。爲着保持此項願望，八年憲法於是乎有第七十五條之頒布，而且此條憲法巨七十年而繼續存在。甚至後來實行將該條憲法廢棄的人物，仍不免懷抱這種念頭，所以特在廢除法案中，表示政府中之司員須受特殊保障。而且這種念頭對於司法界具有絕大勢力，所以後起的判決，在不知不覺之間幾乎盡把一八七〇年十二月十九日之法案的立法精神摧倒。甚至即在該法案通過後未幾時，所有判決雖則有意將尋常法院確定爲裁判官吏因公受累之唯一機關，但在實際上仍不受這一個念頭牽擾，而至於游移。最可異者，在一方面，行政法院正在努力擴張私人的權利，使於遭官吏傷害之後得向政府索償；在他方面，這種努力的成效適足以創成一種保護的新方式，以庇蔭奉命行事的役吏。因爲一個受損的私人，如果

能向政府（實即國家自身）（註90）取償，必不願再與一個因奉行上官命令而獲罪的屬吏爲難。即令情願，亦有何益？故此舉不如罷休。雖然，任你如何着想及如何推論，這種免除責任的特殊利益，雖則現代法蘭西行政法加以承認，究竟與英吉利法律的基本概念，不能相容，而適相反對。這種反對性質曾經一個法國法學宗師以警闢語道破。

倭里呀（Hauriou）曰：『在逐一法律系統之下，凡遇官吏以執行公務之故而至於損害私人，這個人即有權以提起訴訟。這種權利或以某一方式而存在，或以他一方式而存在。但關於此點，法律隨國家而殊異他的傾向。是故在二三國家（例如英格蘭或合衆國）中，法律甚着意於課取官吏的個人責任，責任既定，國家所擔負義務自然減輕。又在其他國家中，法律則努力於提出國家自身所擔負義務，以掩護官吏的責任，使不至因服務國家而得到受罪的痛苦。大凡集權國家的法律，尤其是法蘭西國的法律，即屬於此類。在此類國家中，你可以尋見所謂役吏的保障（*garantie des fonctionnaires*）！』

（註91）

(註1) 關於行政法參考下列書籍——

- (1) Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif (第三版)
- (2) Berthélemy, Traité Élémentaire de droit administratif (第三版 1908);
- (3) Chardon, L'Administration de la France, Les Fonctionnaires (1908);
- (4) Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel (1907);
- (5) Duguit, Traité de Droit Constitutionnel (1911);
- (6) Duguit, L'État, les gouvernant et les agents (1908);
- (7) Esmein, Éléments de Droit Constitutionnel (1896);
- (8) Hauriou, Précis de Droit Administratif;
- (9) Jaquelin, La Juridiction Administrative (1896);
- (10) Jaquelin, Les Principes Dominants du Contentieux Administratif (1899);
- (11) Jéze, Les Principes Généraux du Droit Administratif (1904);
- (12) Laferrère, Traité de la Juridiction Administrative, 兩本(第二版 1896);
- (13) Teesler, La Responsabilité de la Puissance Publique (1906);

我的主旨並不要在本章中詳明講解行政法。我只要勾出行政法的基本原理中之不同於英吉利法

律主治的基本概念者相提並論。我所特別注意之點是在於說明行政法怎樣給與特殊利益於國家的僕役。雖然，爲着闡明題旨，我不能不闖入行政法中之其他重要問題，亦不能不割棄行政法所以進化的重要方式，略而不論。原來法蘭西國的行政法，以淵源論，實造端於古代君主政治所有元首的特權，但以現狀論，則因受法律大師的陶鑄之故，漸次趨於司法化（*Juridictionn aliser*），而消納於國法中，以構成國法之一重要成分。

(註2) 行政法一名詞隨國度而異稱，譬如，在德國則爲 *Verwaltungsrecht*。法國的行政法，比諸德國的行政法（參考 *Otto Mayer*，德國的行政法，第一冊〔法文譯本〕二九三頁，第十七節）較接近英國的法律主治。在此處一如在他處，所有比較研究均以英法兩國的同點及異點爲標準。原來在歐洲各國中，英法兩國曾經不斷地努力，思有所以維持文治的權力（*civil Power*）於國中。四境之內，凡有任何階級，如果敢於藐視全國民衆的主權，皆在必誅之列。不過兩國的嘗試各有不相等的成功，而且法國的武力在歷史上特具極大光榮；是以世人對於建立法治的努力，反忽視而不及覺察。

(註3) 德意志帝國保障官吏更周。參考 *Duguit, L'État* 六二四頁註 1。

(註4) 見下文本章第三節第一目，論同點(5)行政法的進化。

(註5) 篤奎爾的通信與本論題旨煞有關連，至值得稱述。信中有曰：「在比較研究兩國制度的工夫中，爲着明白美國，我必須先明白法國。現在我不能不抱愧自承，我對於法國現存制度的興味。原來在本國中，行

政法與普通法並立。他們各構成兩個分離的世界，既不至相視爲友而攜手合作，復不至相視爲仇而至於宣戰。我時常生活於這一世界，卻不能周知其他世界有何活動。同時，我尙未明瞭何者是行政法的普通概念，而此項智識又有求取的必要。敢以此信求教。』見萬奎爾全集第七冊，六七及六八頁。

(註6) 這種智識的缺乏可得解明，並非無故。萬奎爾在一八三一年纔有二十六歲。當是時，行政法學書籍漸有出版，以應習律者之需要。然而關於憲法之學問文章，儘有許多代表，如拉斐梨耶 (Laferrière)、倭理吁 (Hauriou)、杜歸 (Duguit)、耶磁 (Jéze) 或柏寫列眉 (Berthelémy) 者，尙未出現。此項文章不但能析理入微，而且對於行政法之歷史能窮源而竟委。

(註7) 見 Ancoe 行政法第一冊第六節。

(註8) 見同上書。

(註9) 關於行政法的歷史，特別參考拉斐梨耶第一冊(第二版)卷一，第四及第五章，一三七至三〇一頁。第二次民國(1848—1851)對於行政法，並無多大效益，故併入第二期。

(註10) 譬如拉斐梨耶有言：『雖然，在本國歷史中，我們亦可表證一事：卽是，自尋常法院成立以來，絕未有——一時期間，在箇中司法官吏之處理民刑訴訟者，同時復受請求出而判決自公共行政上所惹起的困難問題。』(見原書第一冊，一三九頁。)參考同書六四〇頁。

(註11) 萬奎爾有言：『試就行政檔案考察，我們所有常時遇見的事實，似是：行政權力不斷地侵入司法的

範圍。行政界中之法律專家常告訴我們以一語，即謂：古代君主國家的內政之大病是在於法官干預行政。按實言之，我們何嘗不可謂當時大病是在於行政官干預司法？不過到了現在，箇中不免有一異點，即是：我們對於前者經已改革無餘，對於後者卻尤而效之。向來我嘗有一種信心，以爲今代所謂行政法院，係創始於拿破侖；如今我已明白此項制度只是古代政治的遺物。而且在古代政治中之一法律原理，至今尙存於契約法。這一條原理是：國家與私人發生契約關係，若有問題惹起，國家應爲這種問題的公斷人。這是一種辦事方針，君主政治時代之欽派總管視之如金科玉律，今代國民已不及周知矣。但在今代中，此輩欽派總管尙能尋一替人，即一個郡守 (*un préfet*) 是。』見他的 *Essays Complètes* 第六冊，二二一及二二二頁。

(註12) 薇薇恩 (*Vivien*) 曰：『某一私人與營業者作一種定期交易，若屆期不能執行，前者應向後者賠償損失。至於賠償之數則以原有成本並加贏餘爲比例。此爲民法所規定。倘使契約者爲政府而非私人，則所賠償者不過以實際的損失爲限。此爲行政法規所確立。除非別有法律以明文反對，普通行政的規矩只是：國家應比一個公民爲大；公幣應比私財爲重。於是，個人的利益亟須割棄。』(見他的『*行政研究*』第一冊，一四一至一四二頁。) 這是一個法學大師在一八五三年所寫。這個特殊原理在今日已見棄於一般法國學者矣。雖然，薇薇恩的教訓誠不復被採用，但仍足以解證在法國中個人與國家所有關係。申言之，薇薇恩的言語，用在特殊事變，已不通行，但國家與個人的關係，在今代法國中，大致一如從前。即此一事，我們

當可概見法蘭西國的行政法在五十年間所有變遷及進步。

(註18) 參考 Aucoc 『行政法』第二十及二十四節。

(註14) 但有些國家(譬如比利時)只有行政法而無行政法院。於是行政法的規則只由尋常法院執行。

(註15) 巡迴裁判法院施行陪審制度；其他在法國中之法院概不採用。

(註16) 大理院 (Court of Cassation) 嚴格言之，並不純是上訴法院。

(註17) 郡守院的組織及功能，英國學生儘可以不必理會。

(註18) 即在拿破侖時候，亦嘗有例外的案件存在。此類例外的案件至於近代，數目大增，大概以便於處理之故。是故往往有應歸行政法院受理的訟獄，國會特以法案規定，移交司法法院。亦有應歸司法法院，以同樣方法而移交行政法院。此類例外的案件實難以一定原理分類；就本章所有題旨着想，儘可略去不論。

(註19) 見一五九〇年八月十六至二十四日法令第二章，第十一至十三節。

(註20) 耶磁有言：『他們大概受動於一種極強有力的成見。這種成見不特存在於行政界，而且存在於大多數法師 (Jurisconsultes) 的心上。該成見以為法吏只是行政人員的仇敵。假使他們果有機會以干預行政，公共利益將因他們的故出故入，或鹵莽滅裂，而有受害之懼。』Jeze (1904 版本) 一三九頁。

(註21) 耶磁又謂：『行政官吏當運用真正武斷權力時，絕未遭逢法吏的任何抵抗。其實在大革命之後，司法人員常表示無限恭慎與絕對服從，政府的命令雖則有時近於侮慢，他們亦只得戰慄從命。』Jeze, 1



(註22) 見民國紀元八年憲法第七十五條。參觀下文論「奉命」一段。

(註23) 參看 Aucoc 『行政法』第二十四節。

(註24) 在一八二八年前，任一刑事案件，恰如任一民事案件一經提起管轄權的抵觸 (Glover DM condit)，司法法院即無從過問，於是侵蝕行政法院的威權之患得以防閑。但讀者於此不可不注意一點：即在拿破侖時代，以至現代，倘過行政法院竟闖入司法法院的範圍，抵觸問題無法可以提出。於是，司法法院只得徒呼負負。

(註25) 保障官吏一層初不必一定屬於行政法，且可以包藏於法蘭西國的法律任何部份。刑法法典第一百一十四條即是一例。但無論如何，此類法律終與行政法有關。

(註26) 第一一四條 「行政人員，無論長官或屬吏，若有武斷的行爲，至於損害個人的自由，或幾個公民的權利，或違犯憲法，他應受褫奪公權的處分。

但此項武斷行爲，若係奉直接上官命令，可免置議。倘必須議處，其責任當由原有發令長官肩負。(見刑法法典第一百一十四條。) 及 Garçon 『刑法解詁』二五四頁。參考 Garçon 刑法第二十四條及第八十七條。比較他的刑法法典教程第十條，杜歸所著『憲法教程』五二四至五二七頁，杜歸所著『國家論』第五章第十節，六一五至六三四頁。

(註27) 刑法第一一四條所有實際效力，只有法國的刑法專家可以斷定。但據考察 *Garçon* 的法律論著（看他的刑法法典，二四五至二五五頁）所得，則一個英國法律專家似可以作一結論：即是一個官吏縱使犯罪有據，但求能託庇於第一百一十四條第二項之下，則該條之第一項固不能與他為難，就是刑法法典中之任一條亦不能與他為難。刑法第一百一十四條，由此以觀，蓋能包庇大多數的官吏。（參考 *Garçon* 對於 *D. H.* 兩綱所下解釋，即原書二四九至二五二頁；及 *G. 綱*，即原書二五三頁；與第一百段，即原書二五四頁。並讀杜歸『憲法教程』第七十五至七十七節，最要緊的是五〇四頁及五二七頁；又讀杜歸『國家論』六一五至六三四頁。）

以英國人的眼光觀察，在這條刑法之下，一個郡守、警士，以至其他役吏，只要以誠意奉行命令，縱使曾犯了毆辱或監禁個人之罪，儘可以不必有受罰之懼。

(註28) 『政府的役吏，除部長以外，惟有先得國務院允許，方能被以公務罪檢舉。既得許可，此項檢舉應執行於尋常法院。』（見 *Duguit et Monnier* 法蘭西國的憲法（第二版）一二七頁。）

(註29) 參看 *Jaquelin* 『行政訴訟的主要原理』一二七頁。

(註30) 第二次民國僅能壽世三年，且政事勢亂；其間所有立法上之行政法的改革，並不能垂之後世。故此處略而不論。

(註31) 腓立所以能成功為法國君主，亦賴有歷史上之一種助力。當是時，法國人咸以十八及十九世紀中

之法蘭西大革命，比擬十七世紀中之英吉利光榮革命。於是，腓立法在法國的地位，恰如威廉第三在英國的地位，兩人均要做完成革命的工夫。

(註32) 當時雖無巴力門的改革（即立法的改革），然尚有司法的立法以爲革行政法的工具。這是要說，國務院以司法法院的精神而行事，遂漸收改善行政法的效果。

(註33) 關於平政院，參考下文行政法在第三時期之發展所有第三項改革，論平政院的設立。

(註34) 關於國家的行動，參考上文論行政法之第四特點。

(註35) *Gregoire* 在他的法國歷史中記述此事甚詳，茲引用之以資佐證。如下：「西耶在六月二十日會議場中，侃侃談論，極力聲明此舉的失當。政府對於公爵夫人，忽加逮捕，忽加拘禁，又忽加縱釋，皆屬違法。最後，西耶特望衆議院考慮此等事變，而決定其當否。衆議院票決之後，仍照議事日程通過（見原書三六四頁）。參考同書二九二至三二八頁，又三五六至三六四頁。」

(註36) 刑法法典第一百一十四條上文經已徵引；參考註脚第二十六條。

(註37) 八年憲法第七十五條，上文經已徵引；參考註脚第二十八條。

(註38) 此項檢舉，後來經司法判決，並被擴大意義，以至包含訴訟之關於要求賠償失者。參考 *Jaouguelin* 所著『行政訴訟的主要原理』一二七頁。

(註39) 見篤奎爾所著『亞美利加中之民治』第一冊（英文譯本）一〇一頁；又見全集第一冊，一七四

及一七五頁。

(註40) 見篤奎爾所著『古代政始與法蘭西大革命』(第七版本)八一頁。

(註41) 見 Jéze (耶磁) 所著『行政法通義』一三八頁，註 1。

(註42) 參考 Jaouelin 所著『行政訴訟的主要原理』三六四頁。讀者於此有足注意者一事，即是近年以來，憲法第七十五條的原理竟漸次得承認於德意志帝國中之數邦。

(註48) 欲得佐證，參考下列典籍：

(1) Andoo 『行政法』第四一九至四二六節；

(2) Jaouelin 『行政的管轄權』四二七頁；

(3) Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊卷三第七章。

然而自有撒廢第七十五條憲法一舉，實際上至少有一效實。這是要說，此舉使人人得以承認一通則，即是官吏犯法與庶民同罪。由此項承認，法國學者斷之為公意之一大進步，又為保衛國家的權力之一種傾向。

(註44) 關於勅令法的法律精義，參考杜歸『憲法教程』一〇三七至一〇三八頁；Moreau『行政規程』一〇三及一〇四頁。此類法律通過於一八四八年之臨時政府，介於二月二十四日至五月四日之間；又通過於拿破侖第三的政府，介於一八五一年十二月二日的政變與一八五二年三月二十九日之間。拿破侖

第三在此際實爲一個篡奪權力而未得全國承認的統治者。最後，此類法案又通過於國民自衛政府，介於一八七〇年九月四日與一八七一年二月十二日之間。當時政府可以稱爲時代需要下的臨時政府。

(註45) Jaouelin 在他的『行政訴訟的主要原理』確附和這種見解。閱該書一二七至一四四頁。

(註46) 參看下文平政院的設立一段。

(註47) 參考關於 Pelletier 的成案；此案以一八七三年七月二十六日判決。此案判決後，極得輿論贊助；試閱 Laferrière 六三七至六五四頁；Barthélemy 六五頁；杜歸『憲法教程』第六十七節，四六三及四六四頁；耶磁『行政法通義』一二七至一四四頁。

(註48) 法文原本的語言引述如下：『Finalement la seule différence entre le système actuel et celui de la constitution de l'an VIII, c'est qu'avant 1870, la poursuite contre les fonctionnaires était surordonnée à l'autorisation du Conseil d'État, et qu'aujourd'hui elle est subordonnée à l'autorisation du tribunal des conflits.』見杜歸『憲法教程』四六四頁。

(註49) 見一八七二年五月二十四日法令第九章。

(註50) 詳上文行政在第一時期之發展，綜論國務院的性質一段。

(註51) 見一八七二年五月二十四日法令第四章，第二十五至二十八條。

(註52) 平政院嘗設立於第二次民國時代，但政變後旋即廢止。

(註53) 參考本書附錄中之第一則，論平政院的組織。又 Berthélemy 『行政法綜論』(第八版)八八〇及八八一頁；Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』四一二頁，亦可參考。

(註54) 國務員(或參事)自一八七五年後，不見有隨時免職情事發生。

(註55) 參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二四頁；Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』四頁註2.；Jéze 『行政法通義』一三三及一三四頁。

(註56) 參考 Jéze 『公法雜誌』(1908)第二十五冊，二五七頁。

(註57) 這三種改革，或受默認於一八七〇年九月十九日勅令法，或被規定於一八七二年五月二十四日勅令法，皆發生於第三次民國成立以前(即一八七五年前)。當是時，國民會議為全國政治中樞，主其事者大多數不是革命黨人，復不是改良派人物，還只是王黨中人。這是要說，國民會議中之大多數領袖方極力以恢復舊物為事。然而他們竟要施行這種徹底改造者，實為全國人民所要求之結果。

(註58) 參考 Haurion 『行政法精義』二四五至二六八頁。這三個時期的分畫不能符合法蘭西歷史上之政治改革而為本章上文所已枚舉者，姑錄之以當綜觀。

(註59) 此旨可用十七世紀中報紙與政府的關係解證。當是時，報紙的地位，在英國與在大陸國具有同點；參看上文第六章第五節。

(註60) 參考賈地納所著『英格蘭的歷史』第三冊二頁。

(註61) 參看本章上文註脚第二十八條。

(註62) 參考賈地納所著『英格蘭的歷史』第三冊七頁，註2。

(註63) 參看 Abbot 所著『倍根傳』一三四頁。

(註64) 讀者注意；行政法的體系今已經過多少司法化於法國。其餘大陸國家亦有行政法，不過這種體系的存在各有殊異方式而已。

(註65) 參考戴雪所著『英格蘭中之法律與公意』第十一演講，三五九頁，及本書附錄中之書後第四則，四八一頁。英吉利律師們似乎忽視先例 (Jurisprudence)，在法國法院中漸具有感應力。

(註66) 參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二六頁。

(註67) 參看本章上文綜觀國務院的性質一段。

(註68) 參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二六至二三四頁，及 Cornenin 『國務院：他的行政與司法的功能』（一八一八年出版）。

(註69) 載在一八二八年六月一日法令。參看 Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊二二二頁。

(註70) 參考 Aucoc 『行政法』第一冊第六節；Hauriou 『行政法精義』（第三版本為二四二頁；第六版本為三九一及三九二頁）；Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊一至八頁。

(註71) 見本章上文行政法在第一時期之發展，論行政法精義兩則。

(註72) 參考 Laferrière, 第一冊九七至一〇六頁。公法學者極喜歡徵引一八九三年官府威權保護法案，作為行政法已存在於英格蘭的一種證據。依我看來，這種工夫只是就字面上着想。其實，一八九三年的法案並非新創，他不過將一六〇一年後一八九〇年前所有同性質的條文彙成一系的法律而已。是以該法案首先設定，每一官吏可以做法律上所許可他應做的事；其次給與這個人以特別利益，使在一定期間內，他的行為可以從容進展，不致因初次做錯了事便受控告。但他並不規定保護的條文，使一切屬吏（譬如警士）當奉上官命令行事時，縱有錯過，亦可以不負責任。

在英吉利法律中，本來有一二例證，就中法律的救濟，除控告直接做錯了事的人外，不能索償於任何官吏。然而此類例證並不是十分重要。參考本書附錄中之書後第十二則，論「控訴官吏」。

(註73) 參看本章上文在行政法之第四特性中論國家的行動一段。

(註74) 試將 Laferrière 『行政的管轄權論』第二冊，卷四第二章三二頁；及 Hauriou 『行政法精義』二八二至二八七頁；比較 Jaquelin 『行政訴訟的主要原理』四三八至四四七頁。

(註75) 篤奎爾全集，六六頁。

(註76) 參看本書上文第五章，論出庭法案一節。

(註77) 參看本書上文第八章，論戒嚴法。



(註78) 在革命空氣極濃時候，以陪審爲審訊的制度不易得到尊重直道的結果。試徵實例：例如，遮弗梨 (Jeffrey) 在一六八五年以王庭的審判長被命往西方英格蘭審判孟公爵 (Duke of Monmouth) 的黨徒，歷史上於是乎發生『血判』(the Bloody Assize) 的慘變。遮弗梨蓄意殺人，以取媚君主，固不足責；但使當時非適逢孟公爵的謀叛之後，人心大憤，以致陪審人贊助，西方人民表同情，則遮弗梨雖是殘暴，固將不能爲力也。

(註79) 參考 Annual Register, 1878 (一八七八年年鑑) 大事記，七十一頁。

(註80) 該法案旋被撤廢，並被代以一九一一年公家秘密法案 (載於佐治第五代檔案第一第二冊，第二十八章，題爲『一八八九年公家秘密法案的續補及修正』。特別注意該案第二節)。

(註81) 見一八九四年商船法案 (載於維多利亞代第五十七五十八冊，第六十章) 第四百五十九節。

(註82) 參考 Thomas v. Farrer, 9. Q. B. D. (C. A.) 372.

(註83) 就中即有一點，譬如，民間趨赴國務院以求平反，非常容易。這一點英國學者即常忽視。

(註84) 法國法律常着意於兩種損害的區別：其一是公務踰過；其他是私已踰過。在第一類的損害中，施者 (譬如一個醫士) 並不須負起如何責任；受者如欲申雪，務須向行政法院控告國家。在第二類的損害中，施者 (譬如一個醫士) 必須自己負起行爲的責任，受者可以訴此人於尋常法院。(參考 Harrion 『行政法精義』一七〇及一七一頁；Laferrière 『行政的管轄權論』第一冊六五二頁) 可見關於第二

類的損害，國家不自負責任。

但兩類的罪過究竟根據什麼事做標準以資區別，法國學者不能衷於一說。惟同有一種傾向，即謂：倘若一個警士能以誠意奉行本己的職務，縱使犯罪，此等罪過不能成爲私己罪惡。參考杜歸所著『國家論』六三八至六四〇頁；又他的『憲法專論』第一冊，五五三至五五九頁。

(註85) 參考 Dalloz (一八七五年) 第一冊，四九五頁。

(註86) 參考 Dalloz (一八七八年) 第三冊，一三頁。

(註87) 參考 Dalloz (一八八〇年) 第三冊，四一頁。

(註88) 參考 Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』三二六至三二八頁。

(註89) 參考 Chardon 『法蘭西國的行政及役吏』三二六至三二八頁。

(註90) 試再考慮一位法學宗師所陳的一條大義，即謂：當役吏真能遵照職分行事，任何過失不應課他以行爲的責任。茲徵引杜歸的原語於下，以資印證：“Si, en effet, le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'État en établissant cette fonction, il ne peut être responsable ni vis-à-vis de l'État, ni vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute.” 見杜歸 (Duguit) 『國家論』六三八頁。

(註91) 原文見倭里呼(Hannion)『行政法精義』第三版，一七〇及一七一頁。茲將原文徵引於下，以與譯文比較：“Ce principe est admis par toutes les législations, la poursuite du fonctionnaire existe partout, d'autant quelle répond à un mouvement instinctif qui est, pour la victime d'un méfait, de s'en prendre à l'auteur immédiatement visible. Mais les législations obéissent à deux tendances bien opposées; il en est qui s'efforcent d'abriter l'État derrière le fonctionnaire, il en est d'autres, au contraire, qui s'efforcent de faire couvrir le fonctionnaire par l'État, de le protéger, de le rassurer contre les conséquences fâcheuses de ses erreurs. Les législations des pays centralisés et notamment celle de la France sont de ce dernier type; il y a ce que l'on appelle une garantie des fonctionnaires.”

(解1) 按『行政法』一名係譯自法語之 droit administratif，英語之 administrative law 及德語之 Verwaltungsgrecht。本來以日常用語觀察，這些名詞可以互譯；但以名理觀察，法學者終嫌不能相稱。是以在本書中，戴雪在隨意討論學理時，或稱用英語的名詞，以圖利便；但在標題或緊要處，仍時時稱用法語的名詞，以示名從主人之意。譯本從之。

(解2) 按『各種令行證狀』一名，係譯自英語 great warrants。此類證狀由法院發出，送達有司，令之

卽如命行事。分析言之，則有逮捕證狀 (warrant of arrest)、傳訊證狀 (bench warrant) 及搜查證狀 (search warrant) 等。

(解3) 按「國家的行動」一名，在法語本爲“acte de gouvernement”，照字面應譯作政府的行動。但戴雪在本書中，卻以英語“Act of State”對譯，誠以在英語中，government (政府) 與 state (國家) 在意義上輕重懸殊也；漢語亦有同樣傾向。故從英譯。

(解4) 按樞密使在英語爲 Lord Chancellor，是一個職務極複雜的官吏。他在內庭爲英國王的管鑾大臣，又在樞密院中參預機要。他是貴族院的議長，又是內閣中之一閣員。從前他本是一個宗教官吏，故今日在宗教上他依然佔居尊嚴地位，與參加許多國教事務，而在司法方面，在昔日他本爲衡平法院審判長，今以該院歸併高等法院，故他遂以審判長兼任高等法院院長。當貴族院組成控訴法院時，樞密使實爲該院審判長。故以出身論，他大抵嘗習律，又嘗充律師。

(解5) 按柏梨公爵夫人爲柏梨公爵的寡婦，而柏梨公爵又爲法國王查理士第十長子。一千八百三十年七月革命猝起，查理士第十出奔，公爵夫人攜幼子相從於患難中，以胆氣甚豪聞。一千八百三十二年公爵夫人自意大利復入馬賽 (Marseilles)，謀作亂，不成被逮。腓立囚之於白列 (Blaye)，故壘輿論大不以此事爲然。腓立患之，會公爵夫人在獄中自認誓於公爵死後再嫁，聲譽陡落。腓立知夫人不復能爲己敵，故釋之，使復自由。

(解6) 按先例是一法律的名詞，特別被用於司法判決，以指某一成案中之一法律要旨。這一要旨被法院引用以判新案，於是該成案遂帶有一種威權，使折獄有所根據。漢書有言：「不知爲吏，視已成事。」此語與本文所有釋義可以互相發明。關於先例在英吉利法律中的重要，參考勞恩著，雷沛鴻譯『法學肄言』七十至七十五頁。

(解7) 按停止進行狀在英吉利法律中爲一古代之命令狀(*Writ*)，由君主發出，以送達法院，誡飭法官，使不再進行某一訟案。因爲再繼續進行，君主所有利益或至妨害也。故原文爲 *Writ de non procedendo Bege in consilio*。

(解8) 按英國法律史家梅因(*Maine*)有言：『公道(*equity*)爲一部特別法規，與普通法規同時並行。公道不特有特殊原理以爲其基礎，且有特殊實效力立於其背後；故往往欲代普通法律而興起。如此一部規則警囑起於羅馬法及英國法中，實爲促進原有法律的自由化及今代化的重要工具。由此工具，此兩種法律遂能成爲世界兩大法系。』(原語爲勞恩所引用，見所著『法學肄言』，雷沛鴻譯本爲八十四頁。)此爲公道法律的確證。又學者如欲考究公道在開始時如何含有武斷權力，及在後來如何演進爲良法，參雷譯『法學肄言』第十二節，公道的發展。

(解9) 按「裁決」是一種權力，審判員受之以運用自己的判斷而決獄。凡訟獄新起而未嘗有規則可用者，或訟獄性質離奇，雖有現行規則而實在不能用者，審判員均應本良心的主張，以裁決方式判行。雖然，法律

的目標本來是要屏除自己的要素 (personal element) 於司法行政以外，而今判決方式所依據者實爲己見，如之何其可惟其如是，法律最不願寄託個人以無限的裁決權能或多方面的裁決權能。換言之，裁決是限於極狹的範圍。」（語見雷譯『法學肄言』二十三頁）此爲裁決權力的真諦。戴雪在本書中屢提這個術語，故引用這一段文字以資解證。

（解10）按『王庭 (King's court) 在拉丁語寫作 curia regis 其義最初解作君主所居，爲大臣處理王室事務之所。古時英王常在宮內後庭辦理公事，接見臣屬；於是有一「庭見」 (received at court) 一語。此語漸次引伸爲行政中心 (center of administration) 於是君主在內與否均可不論。故凡外國公使來駐英國，謂之代表某國到聖詹姆士的後庭 (Court of St. James) 其意即指英政府。最後王庭一名稱復與法庭同解，則以司法在斯時已成爲英王的一主要工作，而所有判決又以君主名義執行故也。』此爲「王庭」一名詞的來源及意義。（此段文字係自勞恩所著『法學肄言』引用，見雷譯本六十五頁）關於王庭推廣常法以達於四境之要旨，可參考同上書第十一節，常法的發展。

## 第十三章 巴力門的主權與法律主治

## 第一節 引論

本書部甲所詳論者有一大義，是曰巴力門的主權；部乙所詳論者又有一大義，是曰法律主治。兩條大義實浸淫及灌注於英吉利憲法全體。驟視之下，他們似乎互相反對；即使讓一步說，至少成爲兩枝抗衡的力量。雖然，這種觀察未免只是皮相。其實巴力門的主權，試將其他主權權力與之對勘，最能容納法律的至尊性；而硬性法律，每當盛極一時，他的力量能支配全國制度之際，不但足以提挈巴力門的主權，而且足以增加此項主權的權力。此爲兩條大義所有密切關係。

### 第二節 先就巴力門主權觀察

#### 第一目 兩種特性運行於英國

有兩種特性焉，他們的存在至足以區別英吉利巴力門於他種主權權力以外。正惟

賴有這兩種特性，法律然後足以主治於英國。

第一、巴力門（包含元首、貴族院及衆民院）的號令不可以妄發；發出時所有應具條件必須適合。這是要說，巴力門中之三部份務必一致行動；倘有一部份不同意，這種號令便不合法。加之，所有號令必須依照一定格式，又必須經過一定程序；有一不合，便不足算稱立法。簡約說，巴力門的意志（註一）不可不以巴力門的法案發表。

這樣限制決不是一味拘牽形式；卻有極重要意義。誠以世間不乏雄才大略的君主，如魯意第十四（Louis XIV），如拿破崙第一、拿破崙第三，動以詔誥立法；又時有制憲會議，最著者如法蘭西所有的國民大會（Convention），好以決議制定法規。倘若該項限制果能存在，兩者對於法律的侵犯，勢將可以避免。不寧惟是，巴力門要是不說話則已，若有話說，則惟以立法案出之；這條要義實足以增加法院的權威不少。大凡一宗草案一經通過，即可受法院詮釋；而每當詮釋之際，法院惟以法案中之條文的原文爲根據，至於兩院中之一院所有在辨論中通過的任何決議，或在討論中竄改的任何字句，審判員概不



加以承認。諸如此類之事例，在英國律師視之至爲自然，在外國律師視之未免駭怪。而且在實際上，這種引用法律條文的方法當然影響及於詮解法律，即不能加以廣義的解釋。是然則由此一特性考察，巴力門的發號施令，自經過如此繁重手續，不但可以確立法令本身，而且能以增加法院的權力。（註2）

第二、除在革命時期外，巴力門絕未嘗直接地運用行政權力，或任免行政部之任何官吏。

或者一聞此說，將謂衆民院今日在實際上已取得一種權利以指定某人出而組閣，及某某諸人加入爲閣員；此項權利似乎是委任權利之一種。雖然，該項權利的取得，自歷史言之爲時甚短，爲事亦甚紆迴曲折；所以他的存在並不能否認上文的真理。不寧惟是，無論貴族院、衆民院、或兩院的合體，俱不能夠直接地發布命令於一軍官、一警士、或一收稅人；因爲他們現在皆是國家的僕役，而且從前曾經做過元首的僕役，是以不管何時，他們原來不直接隸屬於巴力門。以此之故，在此處有一點最足注意：即是巴力門所有對於

官吏的態度，實形成於數百年來對於君主的大權之一種考慮及感情；這種大權在古代時嘗爲巴力門所嫉視與提防。

惟其如是，兩種特性所產生的結果，遂於不知不覺之間，常有扶助法律的至尊性之傾向。巴力門在英格蘭中固是一統治者，但只統而不治。這是要說，巴力門不似其他君主的統治者，能於立法之外，復操行政大權；因之，巴力門實無從以政府的大權爲工具，而阻撓法律的進程。（註<sup>3</sup>）更有進者，巴力門不但不能作如此行動，而且對於他人的違法，不管是什麼大吏，決不令遁逃於尋常法院的管轄權以外；因之，巴力門主權是『行政法』的致命傷。是故在行政法的系統之下，他國統治者方以全力庇護官吏的行爲，而在巴力門主權之下，英國統治者則以全力保障審判員的獨立。然而這樣獨立，巴力門復不令過分，蓋亦至於適可而止。所以審判員並不是一經任職，便可終身；他們仍可以受兩院彈劾而隨時卸任。換一句話說，巴力門做成法院的獨立，只令獨立於其他權力以外，但必不令逃出衆民院的管轄範圍。

## 第二目 兩種特性缺乏於外國的立法院

瀏覽之餘，讀者或不免構成一想像，以爲這兩種特性既能存在於英國之巴力門，當可以存在於其他大陸國家中之國會，譬如，法國的國民會議（解1）具有許多相似巴力門之點；誠如是，兩特性不難自法國中尋出。雖然，作此項想像者，蓋不知國民會議的精神何所寄附。按實言之，國民會議不啻是布奔王國與拿破崙帝國的後嗣而已。所以他隨在皆有干涉行政的事務之傾向；所以他不甘心令法院具有何等威權，復不願見審判員的獨立。不寧惟是，行政法的制度，法國人民皆以爲適合於本國國情，因之，國民會議從未嘗表示不贊成此法之意。故以國民會議與巴力門相比較，前者授政府以極大行政權力，甚至授政府以極大立法權力；後者從不願以同樣大的權力授元首或役吏。抑此不但法國爲然，其他大陸國家（例如瑞士或普魯士）莫不皆然。這些國家雖則採用巴力門政治，或代議政治，然而無一能追蹤英吉利巴力門，專以維法律的至尊性爲事。

### 第二節 復就法律主治觀察

法律主治有一必要的條件，即巴力門主權的存在是。原來法律的硬性常足以阻撓執政者的行動，因之，且不免有時妨害要公。加以審判員解釋法律時主嚴謹，行政部更無活動的自由。在如此場合之下，政府惟賴有巴力門給以裁決權力，方足以適時應變。誠以現代生活日趨於複雜，每遇變亂或交戰時候，政府非取得武斷權力，必難維持和平於國內，及防禦外侮於疆外。譬如，在內亂期間，謀反叛者固須受罰，即犯謀反叛嫌疑者亦必須被逮捕；或當外國革命黨在本國內煽亂之際，該黨黨徒必須被逐。倘若不然，國內治安將不能保。譬如，當外國中有兩國交戰，或有一國以內爭事形成兩個交戰團體，除非政府有權力以嚴禁國人有所左右袒，英格蘭必不能嚴守中立。不寧惟是，倘若外國犯罪人一經逃入英國，雖曾經殺人劫貨，亦能倖免，則外國的刑法必因此而成爲有名無實。將欲避免如此不幸事實，英吉利政府須有權力以交出德國的罪人於德國，及提解法國的罪人於

法國。以此之故，英國執政者非有裁決權力不爲功。然而就司法方面觀察，此項裁決權力，倘有侵及人身自由之處，必遭法院禁格。於是，假使法國有一兇徒，早殺他人的全家於布陸臬 (Boulogne)，夜即投下凶器而以血手入於杜斐 (Dover)；英國元首，除得一特殊法案（註4）允許外，必至於束手無策。由此綜觀，行政部在此際必不能不求助於巴力門，至爲甚明。

爲着協助政府，巴力門是以有下列各種法案的設立。譬如，一宗『外國人法案』（解2），所以使內閣能禁制本國人加入外國相互爭戰，或接濟任何方以武器。又如，幾宗『引渡罪犯法案』曾經陸續通過，其用意有二：一則用以防閑英格蘭將爲世界罪犯的逋逃藪；二則用以協助外國遏抑罪惡，因爲遏抑罪惡，世界文明國家皆應共同負責。大凡諸如此類的法案在檔案中至爲繁多，不勝枚舉；他們的設立都是因爲硬性的法律存在之故，政府乃不能不乞援於巴力門。然而法案雖多，但究屬定實；事變或猝起於蕭牆，或紛乘於境外，至難預測。

內閣於萬不得已時尚不免出於違法，以作法外行動。此項行動做了之後，閣臣只得乞靈於「赦免法案」，以希冀僥倖獲宥於萬一。這種法案的成立便是（如上文所已提示）（註5）巴力門運用最高及最後的主權的表證。他不但可以使本來不合法的舉動弄成合法，而且可以使本來不可解決的問題得到妥善答案。原來在十六及十七世紀當中，有一困難問題，最足以使當代政治家迷目替心者，便是在一方面，英吉利政治美德（即守法與服從巴力門主權的習慣）必須顧全；在他方面，世界文明國家的行政機樞，在艱危時候，實有運用裁決權力的必要。這種美德將如何結合那種需要，確是難題；有了赦免法案，這種困難便可迎刃而解。

這種解決方法自批評家視之，似是一篇官樣文章，至少可算做一種巧妙的代用法，即以巴力門的獨裁主義代用元首的特權是。然而這種見解可謂誤甚。試思行政部必須受成於巴力門的一宗法案，然後可以運用裁決權力，我們當可知在英格蘭中這種權力的運用非同兒戲。而且即就這件事實本身着想，縱當取得極大威權之後，政府所有行

動仍須受法院監視。然則政府在此際所有權力，無論如何非常浩大，首先須制限於一宗法案的字句，末後仍要聽命於審判員所有對於該法案的詮釋。巴力門固然是一個至尊立法者，他的意志所表示即成法律，但法律一經製定，這種意志旋即讓審判員爲之解釋。而當解釋之際，審判員的見解不但受執政者的感情所感應，而且受常法原理所轉移，於是，他們對於違異常法原理的法案所下詮釋往往不能盡同巴力門的意旨。關於此點，英國與外國異。故在外國（尤其是在法國）中，行政觀念足以制限法院威權，且足以改變法吏的思想。而在英國則反是。然則無論作如何說法，我們總可得到同一結論，即是：巴力門的主權運行所至，必歸宿於法律主治，而法律主治不特要求巴力門出而運用主權，而且要求巴力門的主權以法律精神而運用。

（註1） 凡國會應設立兩院制，實具有一個極堅強的理由；即是兩院並立足以防閑立法機關的決議流於燕雜，又足以制止立法者妄欲以武斷權力代用國內之尋常法律。將欲領略箇中奧義，學者可參考及玩味英國長期巴力門與法國國民會議的歷史。

(註2) 凡主權的立法機關須以法案的程式而發布命令，這是一個重要原理，造端於古代歷史。原來巴力門的法案本是一種法律，『由君主本人當貴族院及衆民院聚會於巴力門時，得了他們的同意及贊助而製定』。

(註3) 與英國的治道相反者則有法國的治道。雖至十八世紀的後期，法國君主依然常時干預法院的行為。

(註4) 雖然，此事若遭逢於法國，至爲容易；試觀腓立對待柏梨公爵夫人 (Duchesse de Berry) 之事。自明。參看上文第五章註腳第二十五條。

(註5) 赦免法案上文曾經詳論，見第一章及第五章。

(解1) 按法國的國民會議爲第二次帝國傾覆後之法國政府。一千八百七十年之役，拿破侖第三敗於普魯士，是年九月四日，民主黨、自由黨、及社會黨相與集合於巴黎，組織臨時政府。次年一月，巴黎投降於普魯士。二月，國民會議召集及成立於波杜 (Bordeaux)，並選出西耶 (Thiers) 爲執政。於是自是年起，至一八七五年止，凡五年間國民會議即爲法國的事實政府。

(解2) 按『外國人法案』爲英語“Alien Act”之譯名。此法案以一八四八年通過於巴力門。

(解3) 按『投效外國法案』係英語“Foreign Enlistment Act”的譯名。此法案載於佐治第三代



檔案第五十九冊，第六十九章。

(解4) 按『引渡罪犯法案』譯自英語“Extradition Acts”此類法案係陸續通過。

