

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

上述意義之公法上代理，於種種關係上見之，分述於下：

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

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

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

#### 第四節 準法律行爲的行政行爲

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

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

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

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

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

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

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

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

四 通知行為 通知行為者，對於特定人，多數不定之人，或一般公眾，使其得知某事之行為也。無論為立法行為，司法行為，或行政行為，欲使其發生效力，殊有使其拘束者知悉之必要，故通知行為，誠為此類行為其通之要素。如法令之公布，行政行為之告知，送達，公示，交付，判決之宣告等皆是。然間有通知行為為自身，為獨立之



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

五 受理行爲 受理行爲，係以他人表示，爲有效表示，而受理之行爲，如各種聲請書、訴願書、訴狀之受領。是其一切之行政行爲，均爲主動的行爲，惟受領爲受動的行爲。受理與單純之到達不同，私人提出之文件，僅到達於行政官署時，尙不能稱爲受理。受理爲行政官署之意思行爲，必行政官署以其爲有效之文件，有依據法令加以處理之意思時，始得謂爲受理。受理後發生何種法律效果，依法令之規定而不同。受理之拒絕，亦爲消極之行政行爲之一，稱爲「駁回」。受理之權限，與駁回之權限，屬於同一之行政官署，無駁回之權限者，亦無受理之權限。間有並不拒絕受理，而僅將其文件送回，囑聲請人改正者，是爲改正命令。改正命令並非下命行爲，而係苟不改正即拒絕受理，及訂正以後即當受理之通知行爲也。爲訂正命令之權能，專屬於受理之機關。

## 第五節 行政行爲之附款

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

制限其效果之意思表示之意。

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

行政行為之附款，大致可分爲五種：

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

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

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

三期 負擔 負擔，爲行政附款中，實例最多者，即附隨於主意思表示，對於受其效果者，課以附帶義務之意思表示也。負擔亦常稱爲條件，法令上所謂獲得附條件之許可，亦多指負擔而言。然負擔究與前述意義之條件（即停止條件與解除條件），異其法律上之性質。在附條件時，效果在於不定之狀態，在附負擔時，則效果並非

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

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

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

## 第四章 公法上之單獨行為與雙方行為

### 第一節 概說

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

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

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

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

(或稱之爲基於服從之行政行爲)，其爲公法上之雙方行爲，誠不容疑。

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

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

上契約始得有效成立。

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

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

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

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

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

## 第二節 公法上雙方行為之實例

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 第三節 公法上之集合行爲

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

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

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

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

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

## 第五章 行政行爲之效力

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

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

## 第一節 行政行爲之拘束力

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

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

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

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

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

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

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

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

## 第二節 行政行爲之公定力

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

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

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

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

### 第三節 行政行為之執行力

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



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

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

#### 第四節 行政行爲之確定力（註八七）

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

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

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

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

## 第六章 行政行為之不存在及無效

### 第一節 行政行為之不存在

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

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

限之到來，撤銷或其他理由而失其效力者，則其行政行為已不存在。（註九一）

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

## 第二節 行政行為之無效與其一般標準

（甲）行政行為無效之法律上意義

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

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

(乙) 行政行爲之無效宣言及其有效確認

無效之行政行爲，有不待撤銷而當然無效者，然因其爲無效，客觀上尚不明顯，形式上仍爲有效之行政行

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

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

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

(丙) 行政行為無效之一般標準

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

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

是故行政行為之無效，僅以行政行為違反法規之時為限，然違反法規之行政行為，並非均屬無效者，違法與無效，為各別不同之觀念。違法云者，不應為而為，應為而不為之謂；無效云者，則為缺乏法律上之生效要件，以

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

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

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

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

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



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

### 第三節 行政行爲之無效原因

#### (甲) 基于無權限之無效

行政行爲不待撤銷而當然無效者，以行政行爲缺乏法律上效力要件之時爲限，而行政行爲之效力要件，可大別爲主觀的要件、實質的要件、形式的要件三種。第一爲行政行爲之主觀要件，以有正當權限之機關，經過法定之手續，而爲之行政行爲爲必要；第二爲行政行爲之實質要件，以行政行爲之內容，得以發生法律上效果爲必要；第三爲行政行爲之形式要件，以行政行爲具備必要之表示形式爲必要。其行政行爲之無效原因，亦因而分爲三類，其中最必要者，爲主觀要件，缺乏主觀要件之行政行爲，當然無效，稱爲基於無權限之無效。

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

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

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

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

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

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

亦爲權限內之行爲，而非權限外之行爲也。

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

然由另一方面言之，地方行政官署之行政行爲，並非絕對的對其管轄區域外不生效果。其因法律上或命令之特別規定，而發生效果於管轄區域外者，固不待論，縱在無此種特別規定之時，就管轄區域內之土地物件，得對區域外之人爲課稅或其他行爲，對於在管轄區域內有住所或營業所者，得就其在區域外所爲之營業行爲等，而爲下命，在管轄區域外，經營事業、管理、營造物時，得就其事業或營造物，對於區域外之人，而爲行政行爲。所謂對於管轄區域外發生效果之行政行爲，係基於地域的無權限云云，係指除此種特別情形外之情形而言。(C) 對人的無權限之行政行爲，係對於行政機關權限所不及之人，所爲之行爲，例如對於退職者爲懲戒處分，對於有治外法權之特權者，而賦課租稅是。對於行政權所不及之人，所爲之行政行爲，爲無權限之行爲，自屬無效。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

意將該地編爲道路基地或學校基地時，則爲無效行爲。

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

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

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

行政行爲。

反之，如其手續，非爲保護人民之權利而定，而係爲行政組織上之內部監督，爲行政上秩序而定者，則其手續之規定，僅爲命令之規定，縱未經過此種手續，亦非無效。

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

(乙) 基於內容或形式缺陷之無效

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

#### 第四節 違反真實之公證或通知

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

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

## 第七章 行政行為之撤銷

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

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

### 第一節 行政行爲基於瑕疵之撤銷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



效起見，自得將其撤銷；第二該行爲縱已有效成立，如該行爲所依爲根據之文件、陳述、及其證據文件，確係虛假，經證明屬實，或證明係由於詐欺、賄賂等犯罪行爲而爲之時，當然得以撤銷。

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

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

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

## 第二節 行政行爲之廢止

所謂行政行為之廢止，非謂行政行為自始有法律上之瑕疵，故不得正當行之，而係初時原為正當之行政行為，惟因以後發生之事由，致不能向後繼續其效力時，使其失卻效力之行為。形式上與基於法律上瑕疵之撤銷相同，故亦稱為撤銷。大體上亦遵從同一之原則，尤於下列諸點為然：（一）亦猶基於瑕疵之撤銷，分為自由裁量之撤銷，與羈束撤銷二種者然，行政行為之廢止，亦有基於自由裁量者，與非基於自由裁量者之區別，二者之區別標準，亦屬相同。（二）發生確定力之行為，因為不得撤銷之行為，同時亦為不得廢止之行為。

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

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

二、行政行為之廢止，為使該行為向後失却效果之行為，故廢止之效果，僅及於將來，無論在任何情形之下，均不能溯及既往。其結果基於瑕疵之撤銷，在行政行為效果既已終了後，或已失却效果後，尚得為之，反之，行政行為之廢止，則僅於效果繼續中為之。

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

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

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

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

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

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

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

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

## 第八章 行政罰及行政上之強制執行

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

### 第一節 行政罰

#### (甲) 行政犯

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

之義務者，定有刑罰或秩序罰之制裁時，違反其義務者，稱爲行政犯。

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

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

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

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

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

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

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

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

3、行政犯之成立，不以故意爲必要。此或爲法令所明文規定，然法令縱無明文規定，解釋上亦屬當然之理。觀於法令不以違反法規之受僱人爲責任人，而以僱用人爲其責任人之規定，足見其不以故意爲要件矣。蓋僱用人係因怠於注意監督而受罰，非因故意爲某種行爲而受罰也。且就他種情形言之，當法令命以不使違法狀態發生之注意義務時，行政犯之成立，亦僅以怠於注意義務爲已足，不以故意爲成立要件也（參看刑法第十條）。

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

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

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

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

(乙) 行政刑罰

對於行政犯所科之處罰，有刑罰與秩序罰二種，其以刑罰制裁時，稱爲行政刑罰。

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



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

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

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

### （丙）行政上之秩序罰

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

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

行罰有別。

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

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

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

## 第二節 行政上之強制執行

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

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

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

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

#### （甲）代執行

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

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

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

### (乙) 執行罰

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

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

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

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

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

### (丙) 直接強制

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

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

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

## 第九章 行政上之損害賠償及損失補償

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

### 第一節 基於行政作用之賠償責任

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

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

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

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

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



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

## 第二節 公法上之損失補償

### 一、公法上損失補償之性質

公法上損失補償云者，謂因國家公權之行使，以致對於無責任之特定人，加以經濟上之特別損失，或將加以損失時，以補償其財產上損失為目的，所負之公法上金錢給付義務也。就其為損失補償言，固與民法上之損害賠償相同，然（一）為其補償原因之損失，係由於適法的國家公權之行使，非由於不法行為（二）其損失，為並無法律上責任而受之經濟上特別犧牲（三）其損失，不限於業已發生之損失，即將近發生之損失，亦得請求補償，故與民法上之損害賠償有別，茲再分論之。

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

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

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

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

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

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

## 二 公法上損失補償之實例

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

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

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

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

## 三 補償金額之決定

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

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

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

## 第四編 行政爭訟法

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

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

### 第一章 訴願

#### 第一節 訴願之意義

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

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

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

第三人。（註一〇六）（註一〇七）

三、訴願之受理機關 為原處分官署之上級官署，或原處分官署自身。

四、訴願之效果 在於對原處分為維持或廢棄之決定。

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

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

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

## 第二節 訴願之管轄

依訴願法第二條規定，訴願之管轄如左：

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

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

### 第三節 訴願之程序

(甲) 訴願期間 訴願應於官署之處分書或決定書達到之次日起，三十日內提起之。訴願人不在訴願官署所在地居住者，則計算此項期限時，應扣除其在途期間，其因事變或故障，致逾期限者，得向受理訴願之官署，聲明理由，請求許可。又期限之末日爲星期日、紀念日或其他休息日者，不得計入（第四條）。此均爲維持社會生活之安全，與保護訴願人之利益而設之規定也。（註一一二）

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

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



## 5. 受理訴願之官署。

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

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

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

## 第二章 行政訴訟

## 第一節 行政訴訟之意義及其要件

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

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

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

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

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

由法律之意義言，行政訴訟者，人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願，而不服其決定，或提起再訴願，逾二個月，不爲決定時，向行政法院提起之訴訟也（行政訴訟法第一條）。據此定義，可得行政訴訟之要件如次（註一二）：

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

四、須向行政法院提起，而請求對於所控訴之決定，予以審查及裁決。

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

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

## 第二節 受理行政訴訟之機關

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

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

### 第三節 行政訴訟之當事人

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

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

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

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

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

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

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

## 第四節 行政訴訟之程序

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

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

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

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

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

## 第五節 行政訴訟之效力

依行政訴訟法規定，行政訴訟之效力如次：

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

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



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

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

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

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

要故也。

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

## 附註

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

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

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

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

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

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

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

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

人寧一反通說，置行政之形式概念於不論，而專論其實質概念焉。

(註五) 近年各國學者，提倡法一元論，而否認公法與私法之區別者頗多，與大利學者克爾生 (Kelsen)

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

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

其爲不能忽視，更屬顯然。

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

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

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

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

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

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

（註一二）中國行政法之法源，除吾人在正文中所列舉者外，總理遺教及本黨最高權力機關，在其關於行政之限度內，所發布之種種規章，事實上似亦構成我國行政法之法源。蓋十八年三月二十一日，本黨第三次全國代表大會，曾有確定總理主要遺教為中華民國訓政時期最高根本法案之通過，明言「確定總理所著三民主義、五權憲法、建國方略、建國大綱及地方自治開始實行法，為中華民國最高之根本法。舉凡國家建設之規模，人權民權之根本原則與分際，政府權力與其組織之綱要，及行使政權治權之方法，皆須以總理遺教為依歸。」該會通過之確定訓政時期黨政府人民行使政權治權之分際及方略案第五條又有一「中國國民黨



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

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

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

者由此種種原因，故全國各地之行政法，未必完全畫一，在某種範圍內，有地方行政法之存在。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

經營該事業之權利時，該事業爲特許企業。

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

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

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

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

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

(註二五) 上級行政官署對於下級行政官署之監督關係，學者多稱爲行政監督。日儒野村淳治嘗釋其意義曰：「凡爲一己或他人之利益，對他人之行動加以注意，必要時加以干涉者，爲法律學上所謂監督；而上級行政官署，爲保障國家行政上之利益，對於下級行政官署之行使權限，加以注意，必要時，加以干涉者，卽爲行政監督。」其說可供參考。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

一條)並得聘請中外專家爲顧問，襄贊設計工作(第十二條)。

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

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

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



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

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

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

（註二九）國民政府自十四年在廣州成立以來，組織法屢有更改，其中最值注意者，為下列三次之修正：（一）民國十七年秋，清黨工作告一段落，軍閥餘孽，掃蕩殆盡，內則有嗚嗚望治之人心，外則有舉世同情之輿論。天下耳目，為之一新，朝野內外，咸以此為改革中央政制之絕好機會。於是胡漢民、孫科二氏，建議四權制度以爲訓政楷模之建議，立爲中央所採納。修正國民政府組織法，亦於十七年十月，隨訓政綱領而公布。該法之要點有三：1、國民政府設主席委員一人，委員十二人至十六人，合組國務會議，處理國務。2、國民政府以行政、立法、司法、考試、監察五院組織之，五院院長，副院長由國民政府委員任命之。3、國民政府主席之權限，則僅限於兼中華民國海、陸、空軍總司令，代表國民政府，接見外使，並舉行或參與國際典禮諸端。（二）民國十九年冬，中樞當局以軍事工作，已告段落，既由軍政時期入於訓政時期，允宜公布約法，共同遵守，以期促成訓政，授政於民選之政府。故於翌年五月五日，召集國民會議，六月一日，公布約法。因約法所規定之中央政制，與前此國民政府組織法

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（註三四）除湖北、河南、安徽、江西、福建等五省，在二十三年實行合署辦公外，其他省分，亦多援案實行者，計在二十四年實行者有察哈爾、四川、貴州、甘肅、湖南五省，在二十五年實行者，有河北、青海、山西三省及青島市、廣西及寧夏兩省，則早在省政府合署辦公辦法大綱未公布前，已實行合署辦公，故截至廿五年十月止，已實行合署辦公者，有十五省一市，此外陝西、西康二省，復於二十八年春相繼實行，故目前實行合署辦公者，有十七省一市，佔全國省分過半數以上。

（註三五）院頒規程，與行營所頒大綱不同之點有六：1、合署辦公之目的，除增進行政效率外，更將減縮省行政經費，以擴充縣行政經費一點，明白標出。2、例外准許存在之隸屬省政府機關，須經行政院核准的限制。3、增加各廳處對行政院所屬主管部會署之命令，應逕行呈復之規定。4、秘書處下之公報室，改為編譯室。5、規定實施後兩個月內，各省應咨報辦公情形。6、各省中如因特殊情形須暫緩實行者，得開明理由，咨呈審核。

（註三六）南昌行營曾以豫、鄂、皖、贛四省，二十二年之經常歲出預算為根據，指出省與縣政費之懸殊，河南省政府與四廳之經費為九十一萬一千餘元，湖北為一百一十一萬九千餘元，安徽為一百零一萬元，江西為八十一萬三千餘元，而各省中之縣政經費，則河南全省一百一十一縣，共一百零九萬一千餘元，平均每縣九千八百

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

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

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

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

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

二、戰地黨政委員會分會 軍事委員會，爲統籌戰地黨政軍之設施起見，特設立戰地黨政委員會，負戰地黨政工作之設計、指導、監督及考核之責，並爲便於實行此項職權起見，戰地黨政委員會，得於軍事委員會指定之地區，設置分會，直隸於各該地區之最高軍事長官。分會設主任委員、副主任委員各一人，委員七至九人，祕書主任一人，專員若干人（主任委員由該地最高軍事長官兼任），具有下列職權：1、負責指導及監督該地黨政事宜。2、認爲該戰地有制訂單行規則之必要時，應呈經戰地黨政委員會轉呈軍事委員會核准行之。3、有考核該戰地各級黨政機關工作人員之權（見軍事委員會戰地黨政委員會分會組織綱要）。

(註四〇) 行政督察專員制度之淵源，可遠溯於民國十四年廣東省之分區行政委員制。時廣東省政府以省區太廣，指揮不便，不易推行新政，以助軍事發展，乃於省縣間畫定區域，設置行政委員，承省政府之命，處理轄區各縣行政，並得直接委派縣長，當時首先施行此制者，為設置南路行政委員，派甘乃光氏充任，管轄二十餘縣，設置行政委員公署，內置秘書及職員若干人，分科辦事。嗣因推行後，頗著成績，又相繼畫東江諸縣為一區，及瓊州舊屬各縣為一區，以推行是制焉。

(註四一) 參看安徽省首席縣長暫行規程、江蘇省各行政區監督暫行組織規程、浙江省縣政督察專員章程。又江西於黨政委員會分會裁撤後，行政督察專員制度未實行以前，曾一度實施與專員略同之區長制。詳見江西省各行政長官公署暫行組織規程。

(註四二) 訓令雖謂專員制僅為橫面之擴張，而非縱體之層疊，然揆諸專員職權與各級地方政府，無根本之差別，既有訂立單行規則或辦法之權，復可撤銷或糾正各縣、市長所為之違法命令或處分，自不能不認其為中級地方政府。故自專員制實行後，我國地方政府，實為省、區、縣三級制，而非省、縣兩級制也。

(註四三) 前內政部部长何鍵氏認為「行政督察專員應為省政府之一員，不應為省政府之下級承轉機關，在離省過遠或戰區及其他特殊地方，以委員或專員代表省政府，督察所屬各縣、市地方行政，以輔助省政府耳目所未及，非必要地方，不必普遍設置。」又謂：「專員兼任縣長，不特有損專員之尊嚴，抑且有損督察之權。」



威，過去試驗已歸失敗，今後行政督察專員應一律不兼任駐在地縣長職務，以專責成，「可視為反對論之代表」（見何著調整省以下行政機構管見——中央週刊一卷二三期）。

（註四四）廿一年八月行政院公布之行政督察專員暫行條例第一條規定：「省政府在離省會過遠地方，因有特殊事件發生（如勦匪清鄉等），得指定某某等縣為特種行政區域，臨時設置督察專員，於不抵觸中央法令範圍內，輔助省政府督察該特種區域內地方行政，定名為某某省某某縣行政督察專員。前項行政督察專員，於某項特種事件辦理完竣後即撤廢之。」準此規定，足見昔日原以行政督察專員為特殊性之制度，迨新條例公布後，始一變而為普徧之制度也。

（註四五）二十六年十一月行政院通令各省：「在抗戰期間，所有兼任團管區司令之專員，一律免兼縣長，其餘各區專員，亦以一律免兼為原則，」是為抗戰期間專員制度之一大變化。

（註四六）專員制度建立以後，因地方政府多此一級，公文不免多一周轉，專員公署與省政府之間，權責未易分清，加以專員公署組織簡單，專員復無直接獎懲縣長之權，職權不甚實在等原因，尙未能大著成效，故外間頗多批評之論。有主張根本廢除之者，有主張專員可存不必設置者，亦有主張擴大專署組織與轄區，並提高專員職權者。議論紛紛，莫衷一是。詳細情形，可參看蕭文哲著行政督察專員制度研究。

（註四七）新縣制之詳細討論，屬於自治行政法之範圍，本書不擬多述，惟新縣制之實施，既為當前要政

之一，則其實施之原則如何，實施之標準如何，以及實施之考核如何，亦有附帶研究之必要。此三者國防最高委員會或行政院均有規定，茲就其規定述之，以備參考。

(一) 實施之原則 按行政院規定：「1、本綱要各省應同時普遍施行，但有特殊情形之縣分，暫時不能施行者，得由該省政府呈請行政院核定，延期實施。2、各省政府應體察該省境內各縣之人力財力，分別規定其完成限期，但至遲應三年內全省各縣一律完成。3、綱要推行之順序，由縣而鄉鎮而保甲，至各項事業之進度，由政府斟酌各地方情形，分別規定。」

(二) 實施之標準 國防最高委員會，曾定有新縣制實施標準十四項，茲錄其項目如下：

- 一、編查戶口
- 二、規定地價
- 三、開墾荒地
- 四、實行造產
- 五、整理財政
- 六、健全機構
- 七、訓練民衆
- 八、開闢交通
- 九、設立學校
- 十、推行合作
- 十一、辦理警衛
- 十二、推進衛生
- 十三、實行救卹
- 十四、厲行新生活

(三) 實施之考核 此節國防最高委員會亦有規定，其大要如下：1、各項工作實施之際，縣政府應派員分赴各鄉鎮指導、督促、檢查，省政府應派員分赴各縣指導、督促、檢查，內政部應派員分赴各省指導、督促、檢查。2、工作實施進度，應每年考核，並為鼓勵地方人士努力完成工作起見，每年年底，由縣政府會同縣參議會考核評定各鄉鎮成績，呈報省政府，轉咨內政部查核。3、各級地方機構，每年至少應舉行關於各種地方自治事業之競賽。

會一次，由上級機關官長蒞臨或派員指導。4、內政府應隨時派員考核各省之成績，並公布之。5、各省省政府應隨時派員考核各縣之成績，並公布之。

(註四八) 除縣政府外，尚有地位略等於縣政府之設治局，散見於各邊省，此種特殊行政組織，亦有注意之必要。依二十年六月二日國民政府公布設治局組織條例，規定：各省尚未設置縣治地方，得依本條例之規定，暫置設治局，至相當時期，得改設縣治（第一條）。設治局之廢置及其區域之畫分，應由省政府擬具圖說，咨請內政部長由行政院轉國民政府核准公布（第二條）。設治局置局長一人，受省政府之指揮監督，處理本管區域內行政事務（第三條）。設治局於不抵觸中央及省之法令範圍內，得發布局令，並得制定單行規則。此項單行規則及重要局令，應呈報省政府查核備案（第四條）。

(註四九) 一般學者，恆分公務員之概念，為實質概念及形式概念二種。其所謂實質概念，與本書所述之概念，約略相當；其所謂形式概念，則指法令上規定之公務員概念而言。然我國人事制度建立伊始，人事法規尚在隨時增補之中，各法令所規定之公務員範圍尚不一致（如刑法第十條二項規定：稱公務員者謂依法令從事於公務之人員。公務員任用法第二四條規定：本法於受有俸給之公務員及其他公營事業機關服務人員均適用之。公務員卹金條例第二條規定：本條例所稱公務員，謂文官、司法官、警官及長警），殊難說明公員之形式概念，強而為之，反見混亂，故本書僅說明其實質概念焉。

(註五〇) 通說謂公務員所擔任之國家事務，並不以命令權之行使爲限，即純粹經濟上或技術上之行為者，亦得稱爲公務員。又公務員亦不以現實擔任一定之職務爲必要，如休職公務員等，隨時有供給勞務之義務者，亦不失爲公務員。甚至有擴充解釋者，謂準備將來爲國服務而以現在學習爲義務者，如遣派外國留學之助教，在學校研究之陸海空軍武官，亦爲公務員。

(註五一) 除本書所列分類外，一般學者尚有分公務員爲待遇官與等外官兩種者。前者謂其對國家所負之義務與一般公務員相同，特以其尚在試署或學習之中，或因其地位較低，不便正式列入官等者，如學習推事、設治局局長等屬之；後者謂因其地位較低，或完全不受國家俸給，故全然置於官等之外之公務員，如長警及公證人屬之。此種分類，係由分公務之概念，爲實質概念與形式概念二種而起。吾人既僅就公務員之實質概念說明，故亦採此種分類。

(註五二) 政務官與事務官之分別，在實行政黨政治，尤其是內閣制之國家，固有極大之意義。蓋在英美各國，事務官咸有身分保障權，不得無故免職，政務官則恆因內閣或總統之更迭（政策之變更），而其進退二者職務之性質，大不相同。我國現值訓政時期，以黨治國，既非實行政黨政治之比，事務官之身分保障權，亦未確立，故政務官與事務官之分別，在吾國無大意義，惟因法令上既設此區別，故亦附帶述之。

(註五三) 關於此點，范揚著行政法總論一三五頁以下闡述甚詳，可以參考。

(註五四) 公務員之任用資格，雖因其階級之高低而不同，然誠有其共通要素，此可分爲下列四種：(一) 黨歷任用，致力國民革命若干年以上，而有勳勞或成績者屬之；(二) 官歷任用，曾任某種職務若干年以上者屬之；(三) 考試任用，經高等考試，普通考試，或與其相當之特種考試及格者屬之；(四) 學歷任用，在學術上有特殊之著作或發明，或在教育部認可之專科以上學校畢業者屬之。

(註五五) 日儒美濃部達吉謂「官吏之義務，雖爲官吏服務紀律所規定，然官吏非因其規定而始負擔義務，官吏之義務，因任官行爲當然發生，本人之承諾，卽其根據，官吏服務紀律之規定，並非使官吏新負義務，不過就其義務之內容，定其明白之限度而已。」(見所著行政法撮要上卷第二三七頁)

(註五六) 關於公務員之無故不得請假，可參看國民政府政務官請假條例及政府職員請假條例。

(註五七) 關於限制公務員之兼職，十九年三月四日第三屆中央執行委員會，曾通過「限制官吏兼職案」其內容如下：

- 一、爲求國家意志之統一，施政方針之連貫，政務官得任兼職，但以不違背二、三、四各項爲限。
- 二、中央官吏，不得兼任地方官吏。
- 三、各院、部、會官，不得兼任其他院、部、會官吏。
- 四、各省、市官吏，不得兼任其他省、市官吏。

五、事務官除在本機關外，不得兼職。

(註五八) 關於此點，范揚氏前書亦有詳細之闡述，可以參看。

(註五九) 忠實義務之分量，與服從義務之分量，成反比例狀態。卽上級長官之命令愈精密，則忠實義務之效果愈形薄弱，若上級命令愈少，則忠實義務之效果愈彰。是故忠實義務之程度恆隨官職之種類而有差異，卽地位愈高，其負此種義務愈重，而以外交官及軍司令官爲尤甚。

(註六〇) 關於俸給之法律性質，學說有三：(一)勞務報酬說，謂俸給爲國家對公務員所服勞務之報酬。(二)生活費用說，謂俸給與單純之勞務報酬不同，而係國家以維持與公務員相當地位之生活爲目的所爲之給付。(三)勞務報酬與生活費用說，謂俸給兼具上列兩種性質。第三說爲通說，吾人亦從之。

(註六一) 如捨公務員卹金條例之規定而不論，專由學理上說明各種公務員卹金之意義，則公務員年卹金者，乃對公務員在職一定年限以上，因有正當原因退職，或達一定年限，因有特別原因退職者，所與之終身年金也。公務員一次卹金者，乃對公務員因公受傷，或致病，而未達於領受年卹金之程度者，以一次爲限，所給與之卹金也。遺族年卹金者，乃公務員在職一定年限以上，或因公亡故時，所與之卹金也。

(註六二) 我國文官之有身分保障權者甚少，僅有監察委員及法院推事等極少數之例。監察委員保障法第二條規定：「監察委員非有下列情形之一者，不得停職、免職或罰俸：一、經中國國民黨開除黨籍者；二、受刑

事處分者，三、受禁治產宣告者，四、受懲戒處分者，監察委員非經本人同意，不得轉任。一、法院組織法第四十條規定「實任推事，非有法定原因，並依法定程序，不得將其停職、免職、轉調、或減俸。前項規定，除轉調外，於實任檢察官準用之。」

(註六三) 關於身分保障權問題，可參看1、甘乃光人事制度建立的起點，2、孫慕迦人事行政建立的起點是什麼（以上二文均見行政評論第一卷五六期合刊），3、拙稿日本文官制度之改革（日本評論十三卷九期）。

(註六四) 懲戒處分之法律上性質如何學說上頗有爭議，有謂其與刑罰相同者，有謂其與刑罰不同者，吾人探前說。我國學者范揚、吳紱、徵諸氏探後說，詳見吳著公務員懲戒制度第六頁以下。

(註六五) 公務員懲戒法之目的，固在整飭官方與澄清吏治，然亦所以保障公務員之法律地位，使其免受上級長官之無理處分。故由另一方面言之，雖謂其為公務員保障法，亦無不可。

(註六六) 國民政府政務官懲戒委員會，由國民政府委員中推定七人至九人組織之。設常務委員一人，由委員中指定之。每星期開會一次，必要時得由常務委員召集臨時會。開會時，應有委員三人以上之出席，以常務委員為主席。至其實施之情形，據統計，截至二十四年一月止，監察院送往國府之彈劾案已五十件，其中議決者十八件，不受懲戒者九件。

(註六七) 中央公務員懲戒委員會直隸於司法院，以委員長一人，委員九人至十一人組織之，掌管事務官之懲戒，地方公務員懲戒委員會分設於各省、市，設委員長一人，由高等法院院長兼任，委員七人至九人，掌管各該省委任職公務員之懲戒，由司法院院長、就高等法院庭長及推事中，選派三人至五人，餘就省政府各廳處現任荐任職公務員選派，中央及地方公務員懲戒委員會，均直屬司法院管轄。

(註六八) 據中央公務員懲戒委員會二十七年年度統計，自該會二十一年四月十八日成立起，歷年收入案件之總數為九百五十件，其中刑事案件一百九十二件，佔案件總數五分之一。監察院移送者，共七百十六件，其中移送法院及軍事機關者一百一十一件，依法不開始懲戒者六十八件，兩共一百七十九件，佔彈劾案總數四分之一。

(註六九) 抗戰以後，因事實上之需要，公務員懲戒制度，大有變更，蓋因：(一)非常時期監察權行使暫行辦法規定，主管長官對於違法失職之公務員，可以決定撤職或其他行政處分。(二)懲治貪污暫行條例第一條規定「軍人或公務員於作戰期內，犯本條例之罪，依本條例處斷」第八條規定「犯本條例之罪者，由有軍法職權之機關審判，呈請中央最高軍事機關核准後執行之」。(三)抗戰期內受免職、停止任用處分公務員暫緩執行辦法規定：公務員經懲戒機關議決，受停止任用之處分者，於抗戰期內，得依該辦法，將停止任用之部分暫緩執行。停止任用期間，已執行一部分者，得暫緩執行其餘部分，惟公務員被付懲戒事件，如有涉及刑事嫌疑，



已受刑之宣告或有不利益於國家之行爲，或跡近貪污，或公款交代不清，或有不良嗜好與破廉恥之行爲者，不適用該辦法故也。

(註七〇) 日本民法未就此設有明文，故其國判例，多謂公務員不負損害賠償責任，其主要理由有二：(1) 公務員以國家機關資格所爲之行爲，係國家之行爲，故公務員個人，不應負其責任；(2) 公務員係對國家負有職務上義務者，而非直接與第三人構成法律關係者，故無對第三人責任之可言。日本學者附和此種論調者頗不乏人，然美濃部達吉博士則力闢此說，曰：「所謂公務員行爲之爲國家行爲，僅謂其法律上效力，歸屬於國家而已，而非指實際之情形而言。在事實上，其行爲仍係公務員所爲之行爲。而關於公務員之賞罰責任問題，恆由其行爲之實際觀察，故公務員因勳功而受賞，因職務上犯罪而受刑，其私法上責任，又奚獨不然？蓋由法律上之效力而論，雖發生國家行爲之效力，然在事實上，爲其行爲之公務員，仍爲事實上之行爲者，既在道德上或法律上承受賞讚，自亦應負其責任也。至謂公務員與第三人並不構成法律關係云云，亦非正當之論。良以公務員當行使職務時，對於第三人亦負有不違反法規之義務，所有法規，非僅對於國家與公務員之內部關係上，發生效力，且對於人民發生效力，人民有要求公務員當行使職務時，不違反法規之權利故也。故如警察官拷問人民，而加以身體上之傷害時，不僅爲對國家之職務上義務之違反，且爲對人民義務之違反。」(見美濃部著行政法總則現代法學全集本二六四頁)

(註七一) 行政行為之含義如何學說不一，(一)有謂其指行政機關之全部行為者，(二)有謂其專指行政機關之公法上法律行為者，(三)有謂其指行政機關之公法上法律行為及準法律行為者。第三說爲通說，吾人從之。惟爲明瞭各學說之異同起見，將引日儒島村他三郎氏之敘述於下，以見一斑。

島村氏摒棄行政之實質意義，專由行政行為之形式而確定其意義，謂行政爲「非憲法上直接機關，卽行政官署及自治團體所行之事務」，從而確定行政行為之意義曰：「行政機關爲達到國家目的而行之各種作用，概爲行政作用。故行政作用之範圍，包含(1)實質上之行政行為，(2)實質上之立法行為，(3)實質上之司法行為，(4)私法上之行為，及(5)事實上之行為五種。然事實上之行為，非以發生國家或公共團體，與其他人格者間之權利義務關係爲目的，不屬於法律學研究之範圍。私法上之行為，則除一方之當事人爲國家或公共團體，且不受一般私法原則之規律，或另設有補充規定者外，亦置於行政法學研究範圍之外。故行政作用中所應說明者，爲(1)行政機關對於人民所爲之公法上行爲，(2)行政機關對於其他機關所爲之公法上行爲，(3)行政機關對其輔助人員所爲之公法上行爲，及(4)行政機關所爲之私法上行爲，而設有特別之公法限制者四種。至其行爲是否實質上之立法行爲，或司法行爲，則非所問。(見島村著行政法要論總論二一四頁)。(註七二) 行政行為之分類，學者不一其說，無一一引述之必要。惟野村淳治氏在前揭著書中所爲之下列兩種分類，頗有注意之必要，爰錄之以供參考。

一、由於掌理行政機關之不同，而分爲1、屬於國家元首權限之行政行爲；2、屬於行政官署權限之行政行爲；3、屬於自治團體受任事務權限範圍內之國家行政行爲（例如徵收國稅事務、設置及維持中小學校事務）；4、屬於議會權限之行政行爲（如預算之議決及會計決算之審查）；5、屬於法院權限之行政行爲（如登記事務、失蹤人財產管理）；6、私人爲國家而爲之行政行爲（如私公司船長在船舶上所行使之警察權）。

二、由於行政行爲目的之不同，而分爲真正之行政行爲，與附屬於立法及司法之行政行爲。其中真正之行政行爲，更分爲以維持國家之存立及增進其利益爲主要目的之行政行爲，及以增進國家與人民雙方利益爲主要目的之行政行爲二種。以維持國家之存在及增進其利益爲主要目的之行政行爲，更分爲軍事行政、外務行政、及財政行政三種。軍事行政謂對於國內及國外，以維持國家之存立爲目的之行政行爲，外務行政謂以圓滿國家與外國之關係爲目的，俾因外交而維持國家存立之行爲，財務行政謂以支出實行國家各種目的所必需之費用，籌畫必要財源，以應國家之需要，俾爲適當之使用處分爲目的之行政行爲。以保護增進國家及人民雙方利益爲目的之行政行爲，更可分爲警察行爲及助長行政行爲二種。警察行爲謂以保護國家及國家內個人及團體之存立，而預防鎮壓，對於其身體及財產，所爲之人的危害及物的危害爲目的之行爲（如對於紊亂秩序者之取締）；助長行政行爲謂不僅消極的以防遏對於個人及團體之危害爲目的，而且積極的以保護增進個人及團體之精神上、身體上、及經濟上之利益爲目的之行政行爲（如關於獎勵農工商之事務）。此種警

察行爲及助長行政相合，卽爲內務行政。故真正之行政行爲，可分爲軍事行政行爲、外務行政行爲、財政行政行爲、及內務行政行爲四種。

除真正之行政行爲外，附屬於立法之行政事務，爲關於議會之召集開會、閉會、停會及解散之事務，議員選舉之事務，帝國議會內部庶務處理之事務，附屬於司法之行政事務，爲任免法官，且加以監督之事務。或執行法院判決之事務。凡此皆不屬於前述各種行政之範圍，故不能相提並論。

由此觀之，國家之行政行爲，因其目的之不同，可分爲（一）軍事行政，（二）外務行政，（三）財務行政，（四）內務行政，（五）立法及司法行政五種。然一般學者或因附屬於立法之行政行爲，非行政法學所應論究者，故多置而不論焉。

（註七三）除上列分類外，學者多以行政行爲之效果及對象爲標準，分行政行爲爲抽象的行政行爲，及具體的行政行爲二種，余昔日亦採此種分類。比以抽象的行政行爲，多係實質的立法行爲，以在憲法學中論述爲宜，故摒棄此種分類。惟因我國一般行政法學著作，沿襲此種分類者甚多，爰姑就舊日所編之行政法總論講義中，關於此問題之論述，引錄於左，以便參考。

「抽象的行政行爲，謂以將來發生之事實爲對象之行政行爲，具體的行政行爲，謂以現實存在之事實爲對象之行政行爲。爲行政行爲對象上之將來實事，原則上爲不特定之抽象事實，爲行政行爲對象之現在事實，

原則 爲特定之具體事實。抽象的行政行爲亦稱行政規則。具體的行政行爲亦稱狹義之行政行爲。

行政規則依其所拘束之行政客體之地位爲標準，又可分爲行政命令與行政規程。行政命令係適用於一般行政客體之行政規則，行政規程則係拘束立於特別權力關係之行政客體之規則，更詳言之：

(甲)行政命令 行政命令者，適用於一般行政客體之行政規則也。因其係行政規則，故除原則上規律抽象之事實外，又於若干例外之場合，以行政命令之形式，爲關於具體事實之規定。又因其係拘束一般行政客體之規律，原屬於立法機關職權之範圍（法規制定標準法第一條），而非行政機關固有之權限，故行政機關之制定行政命令，以具有授權之根據爲必要。此種授權，在學理上名爲制定行政命令之授權。

行政命令之授權，可分爲（一）憲法之授權，（二）法律之授權，及（三）行政命令之授權三種。所謂憲法上之授權，如訓政時期約法第七十六條「各院、部、會得依法律發布命令」之規定是。所謂法律上之授權，如省政府組織法第三條「於不抵觸中央法令範圍內，對於省行政事項，得發省令，並得制定省單行條例及規程」之規定是。至所謂行政命令之授權，則指由於上級機關之命令，授與下級行政機關以發布行政命令權限之情形而言。惟有應注意者，無論何種行政命令，所得規定事項之範圍，以其授權法令所得規定事項之範圍爲限，其規定之內容，不得與憲法法律，及上級機關行政命令規定之內容相抵觸，自不待言。

行政命令（一）由其規定之內容觀之，可分爲執行命令與獨立命令二種。執行命令，謂執行法律或上級行

政命令，而規定必要事項之行政命令，獨立命令，謂為保持公共之安寧秩序，或增進國民福利，而規定必要事項之行政命令。(二)由其授權之根據觀之，亦可分為委任命令與職權命令二種。委任命令，謂行政機關依據法律或上級行政機關之授權，而發布之行政命令。職權命令，謂行政機關依據組織法規之授權，而發布之行政命令。(三)由其機關之種類觀之，又可分為1、國民政府令，2、院、部、會令，3、省政府令，4、市政府令，及5、縣政府令各種。

(乙)行政規程 行政規程云者，非適用於一般行政客體之行政規則也。行政規程有為行政事務之配置，或營造物組織之規定者，如處務規程管理規程，是有係拘束在特別權力關係下人之行為者，如訓示、告示等是。然不問其為何者，均非直接拘束一般之行政客體，而不屬於一般立法機關之權限，故行政機關之制定行政規程亦無特別授權之必要。至其內容之不得與法律命令相抵觸，自屬當然，毋俟贅述。

行政處分云者，行政機關對於某具體事實，發生拘束行政客體之法律上效果之一方的行政行為也。其觀念要素，在於1、係行政機關拘束行政客體之行為，2、以其體事實為對象，3、其行為發生法律上之效果，4、係一方之行政行為等四點，故與民法上之法律行為、行政規則、準法律行為、及公法上契約等均不相同。

(註七四) 意思與表示不一致時，其法律上之效力，究應如何決定？學說有三：(1)意思說。此說以保護表意人為目的，在表意人不欲表示其意思時，其表意不生法律上之效力。(2)表示說。此說以保護相對人為目的，

不問表意人欲與不欲，既經表示即生效力。(3) 誠信說，此說採折衷之義，在意思與表示不一致時，原則上其表示不生效力（意思說），但相對人如確信其為真實之意思表示者，則表意人不得任意撤銷之（表示說）。民法採誠信說，行政法規，則極少就此設有規定者。由解釋上言之，因行政法規所規律之對象與民法不同，似寧以採用表示說為當。

○註七五) 心裏保留與虛偽表示，以及下述各點，均為民法上之觀念。茲就民法之規定說明，以資比較。

「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者」(民法第八十六條前段)，謂之心裏保留。如甲希圖將金錶售乙，因礙於情面，偽以贈與為詞，是依民法規定「其意思表示不因之無效，但其情形為相對人所明知者，不在此限」(同條後段)，即此時甲之贈與表示仍為有效，但如乙明知其本意者，則其表示為無效。

「表意人與相對人通謀，而為虛偽之意思表示者」(民法八七條前段)，謂之虛偽表示。如甲欲避免債權人之實施扣押，故與乙通謀，以買賣為名，將自己之財產移轉於乙，是依民法規定「其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人」(同條後段)。即此時甲乙間之買賣行為，固屬無效，但乙如將該項財產出賣於善意之丙，則乙丙間之買賣，並因甲與乙之虛偽表示，而歸於無效。

(註七六) 民法第八八條一項規定，「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情，即不為意思表示」

者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」第八九條規定「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。」

(註七七) 民法第九二條規定，「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」

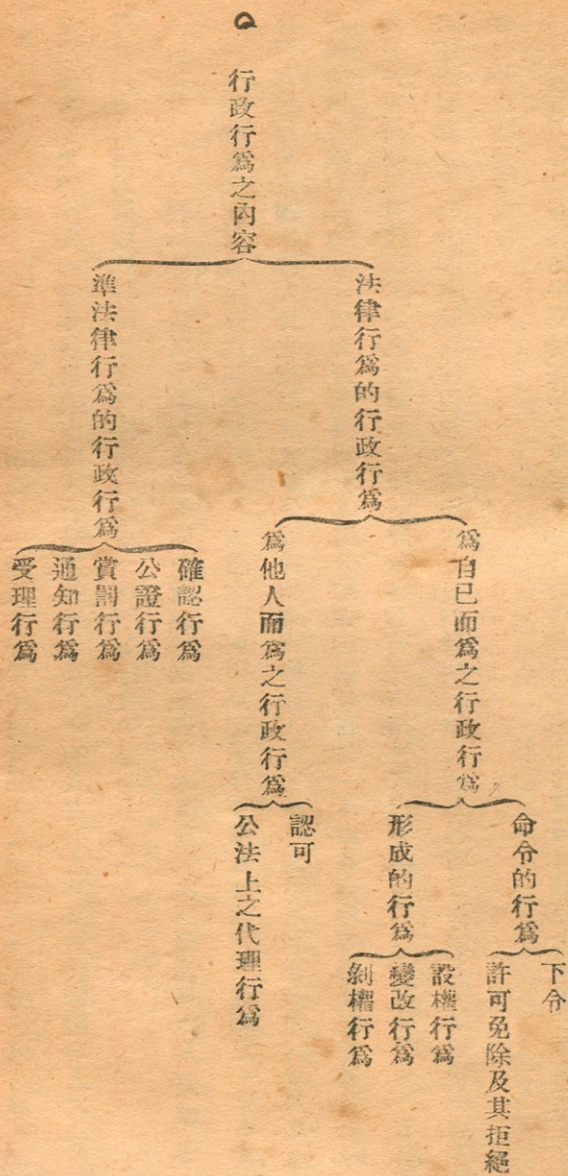
(註七八) 意思表示發生效力之時期，各國法律規定不同：(1) 有發生效力於表示意思之時者，是為表意主義，例如表意人草畢其函件時，即發生意思表示之效力。(2) 有發生效力於意思表示發送之時者，是為發信主義，例如表意人發送其函件於郵局之時，即發生效力。(3) 有發生效力於意思表示到達相對人之時者，是為達到主義，或受信主義，例如在郵差郵件送達於相對人時，發生效力。(4) 有於意思表示經相對人了解之時，始生效力者，是為了解主義，例如於相對人閱覽函件並知悉其內容時，發生效力。我國民法關於意思表示發生效力之規定，因其為對話人之意思表示，或非對話人之意思表示而不同，前者採了解主義，後者採達到主義。(第九四條第九五條)。

(註七九) 行政行為之種類與行政行為之內容不同。行政行為種類之析述，係就各種行政行為依其表面之形式，為平面之觀察。然僅此一端，尚不足以盡行政行為之全貌，必更為立體之觀察，按其法律上之性質，而



析行政行為之內容，縱橫觀察，乃得窺其真象。故吾人於敘述行政行為種類以後，更進而敘行政行為之內容，與若干學者之併二者為一談者不同。

然行政行為之內容，既甚複雜，學者又各異其說，茲為便於讀者參照起見，爰就本書所述者，列表於下。



(註八〇) 美濃部達吉謂形成行爲雖與一般行政行爲相同，皆係對人發生效果者，然或以人爲其行爲之主要對象，對特定人而發生效果，或直接對物發生效果，該物之所有人占有人等，基於該物權利人之地位，而受其效果，前者爲債權的行爲，後者爲物權的行爲（見所著行政法撮要上卷）。

(註八一) 野村淳治於其所著行政法總論中就確認處分與形成處分之區別闡述甚詳，其要旨有二：(一) 確認處分與形成處分之間，並無性質上判然之區別，因確認處分，不僅確認法規所豫想之一定事實之存否，且包含拘束國家或人民之意思，形成處分，於爲拘束國家或人民之意思表示之際，亦必先判斷其具備法定條件與否，確認其適合法規與否，始得爲形成處分。故確認處分在另一方面，具有形成處分之性質，形成處分在另一方面亦具有確認處分之性質，此二種處分未必具有完全相異之內容也。(二) 形成處分之效力，不溯及既往，確認處分之效力，則溯及既往，因前者在行爲之後，始發生法律上效果，後者之法律上效果，則於一定事實存在時，既已發生效力也。

(註八二) 茲錄民法關於條件之規定於次，以供參考。民法第九九條規定：附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力，附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。第一百條規定：附條件之法律行爲，當事人於條件成否未定前，若有損害相對人，因條件成就所應得利益之行爲者，負損害賠償之責。第一百零一條規定：因條件成就而受不利益之當事

人，如以不正當行爲阻其條件之成就者，視爲條件已成就；因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲促其條件之成就者，視爲條件不成就。

(註八三) 期限有始期與終期之別。凡處分效果因其期限屆至而始發生者，謂之始期；因其期限屆滿而歸消滅者，謂之終期。附始期之處分，於期限屆至前，其效果猶爲停止，及其屆至，始以發生；附終期之處分，與通常情形同，其效果自始即已發生，但僅存續至期限屆滿爲止，及其屆滿，遂以消滅。要之，附期限之處分，不問其爲始期或終期，其效果之發生或消滅，常決於將來確定發生之事實，與附條件處分之效果，決於將來發生與否不確定之事實者，有所不同。

(註八四) 野村淳治前揭書，對此問題，亦有詳細之說明，略謂「學者中有謂契約僅存在於對等人格者相互之間，國家與國家內之個人或團體則立於優劣不平等之關係，故其相互間之契約，絕對不得存在者。此種學說係以國家與人民間之權力服從關係，在法律上絕對無限之事實爲前提，若以國家在法律上爲絕對無限之權力者，人民爲絕對無限之服從者，則國家當對人民行使權力時，自不受法規之任何限制，可從其所欲，而命令人民，反之，人民對國家則無自由意志，無論國家命以何事，均應無條件服從之，故無自由意思之人民，自不得與國家締結契約，反之，吾人則以國家與人民間之權力服從關係，並非絕對無限之關係，而係相對有限之關係，人民服從義務之範圍，均爲法律所限定，故人民在狹小之限度內，亦有法律上之意思自由，國家既不能以獨斷

處分限制其意思，則人民基其自由意思，而締結契約，即承諾在其自由意思上，受有某種限制，在法律上亦屬可能也。

(註八五) 集合行為之觀念，是否成立，有肯定、否定二說，吾人採否定說。我國學者范揚氏則採肯定說，並舉鄉鎮聯合會之訂立，商會聯合會之發起，設立漁會聯合會之發起，設立等爲例，詳見所著行政法總論二七四頁。

(註八六) 行政訴訟法第四條：「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係官署之效力。」即爲有關於行政行為拘束力之規定。

(註八七) 一般學者，恆分行政行為之確定力，爲實質的確定力與形式的確定力二種，前者相當於本書所稱之不可變更力，後者相當於本書所稱之不可爭力。此種用語，不甚達意，故吾人不採之。

(註八八) 有瑕疵之行政行為，於其既爲之後，固得爲溯及之無效宣告，或使其往後失其效力。然如私人對於此類行為提起爭訟之期間，不加限定，在行爲成立之百年、十年後，尙得提起爭訟，行政行爲因而突然撤銷，紊亂社會秩序，莫此爲甚。此所以行政行爲有不可爭力，對於私人提起爭訟之期間，設有限定也。

(註八九) 行政行爲之不可變更力，亦稱既判力。原爲普通法院判決所具之效力。蓋普通法院，一旦適用法規，而爲判決後，除合於再審之原因者外，嗣後不得再就該事件審理，而撤銷變更原判決。誠以普通法院，以確定法規真意何在，從之而下判決，爲其任務，故於既確定法規真意以後，自不得妄加變更。且普通法院當判決之

前常使訴訟當事人參加，命爲言詞辯論，以爲判決之基礎。故如日後置當事人之口頭辯論於不問，由法院任意撤銷，殊非尊重私人權益之道，此所以普通法院之判決，咸具有既判力也。

(註九十) 行政行爲具有不可變更力與否，學說不一。(一)有不認行政行爲具有不可變更力，行政官署任何時均得將其撤銷者。此說謂行政行爲之目的，非在確定法規之真意，實爲保護、增進國家及人民利益。法規之解釋適用，並非行政之終局目的，而僅係貫徹行政目的之手段。故行政官署既爲行政行爲之後，如認該處分害及公益，或在政治上行政上爲不利時，自得將其撤銷或變更，以貫徹行政之目的。(二)有謂行政行爲與司法判決相同，具有實質上之確定力，行政官署既對私人爲行政行爲，卽不得將其撤銷或變更者。此說謂行政行爲既成立之後，私人咸因之而爲一定行動，倘行政官署任意可將其撤銷或變更，是置私人之法律上地位於不安定之狀態，而受莫大之損害，故不應將其撤銷或變更。矧在今日，行政區域，亦猶司法區域然，多採裁判制度，與當事人以言詞辯論之機會，故如非再使當事人參加，行政官署自不得將其撤銷或變更，以尊重人民之權益。(三)亦有折衷於前列二說之間，謂行政行爲具有不可變更力與否，應分別決定者。此說將行政法院之判決與其他處分相區別，認爲前者有不可變更力，後者則未必皆有不可變更力。命私人以義務，或使其發生不利益結果之行爲，不具不可變更力，行政官署可任意將其撤銷或變更；其授與私人權利或利益之行爲，則具有不可變更力，行政官署不得將其撤銷變更。第三說爲通說，多數學者皆從之。

(註九一) 美農部達吉博士謂：「行政行為之不存，與行政行為之無效不同。行政行為之不存，在云者與行政行為觀念相當之事實，並不存之謂也。欲使行政行為存在，至少須係行政機關之意思表示，或準意思表示之行爲，完全不立於行政機關地位者之行爲，不僅無效而已，且爲行政行為之不存。故如非警察官吏詐稱官名，而行使警察權，私人偽造官吏書，而詐稱受官之許可，均爲行政行為之不存。」（行政法撮要上卷一〇二頁）。

○ (註九二) 得撤銷之行爲，與無效之行爲不同，並非自始當然無效。在未撤銷以前，縱具有法律上之瑕疵，亦屬有效成立。經有撤銷權之官署決定其無效後，始失其效力。其撤銷，僅有正當權限之官署始得爲之，其他行政機關或法院，均不得以獨立之審查決定其無效。在有正當權限之官署，將其撤銷以前，仍爲完全有效之行爲。對於一切之國家機關及人民，均有拘束力。

(註九三) 民法第七十二條規定：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效。」

(註九四) 美濃部博士謂：「法令之規定，究係屬於命令之規律，或屬於能力之規律，爲各場合之解釋問題，應按照事件之性質，與條理決之。概括言之，能力的規律，僅依法律或委任命令而定，一般命令，僅能規定命令之規律能力之規律，全然在其範圍之外，使行政行為無效者，僅以違反法律之時爲限。命令之違反，則僅爲得撤銷之原因耳。」（前揭書一〇六頁）。

(註九五) 無正當組織機關之行為。例如(1)合議制機關之出席者，不足法定人數。(2)將法律上不應出席會議者，加入議決時，始滿定數或得過半數之議決。(3)應召集始能開會時，不俟召集而開會，或其召集無效等情形是。

(註九六) 范揚氏謂「行政處分，究有何等瑕疵，乃爲無效，而有何等瑕疵，乃爲僅得撤銷，關於其間界限，各國之成文法，咸無明確規定，而學說尙未一致。祇自公法法律言之，行政處分，以有特別重大之瑕疵爲限，始爲當然無效，否則僅得撤銷。蓋行政處分與私法行為不同，私法中關於法律行為之無效原因，類有詳明規定，法律行為，有無效之原因時，常爲當然無效而不待於主張或宣告。理固甚明，事亦易斷。而行政處分，因有何等瑕疵，乃爲當然無效，公法中通常無特定明文，可資援引。而一處分有效與否，該當處分機關，於某程度，得自行認定之。苟該當處分機關，就其職權內行為，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，人民亦得與以反對，將國家不宜爲機宜之處置矣。故行政處分應以有特別重大瑕疵，而不容忽視者爲限，始爲當然無效，否則僅得撤銷而已。」(行政法總論二五七頁)其說可供參考。

(註九七) 茲就行政行為之無效原因列表於下：

行政行為之無效原因

(甲) 基於無權之無效

- 1、權限外之行爲
  - 2、無正當組織機關之行爲
- 實質的無權限行爲  
地域的無權限行爲  
對人的無權限行爲

- 3、未得必要同意之行爲
- 4、未經必要手續之行爲
- 5、無意思之行爲

(乙) 基於內容或形式缺陷之無效

- 1、基於內容之不能或不定而無效
  - 2、基於形式欠缺之無效
- 內容不定之行政行爲  
關於人之不能  
關於物之不能  
關於權利義務之不能

○(註九八)

范揚氏謂：「行政罰與刑罰，兩者雖同為非違行爲之制裁，而所處罰之客體，各有不同，後者為對侵害社會法益行爲所科之處罰，以罰犯罪，前者為對行政上義務違反之行爲所科之處罰，以罰行政犯或秩序犯。」與吾人採取相同之見解。然又補充說明曰：「但謂行政犯為對行政上義務之違反行爲，刑事犯為社會



公益之侵害行爲，不過就大體上之區別而言。若謂行政犯決不關涉社會法益之侵害，刑事犯決不關涉行政上義務之違反，則屬大謬。蓋行政犯或刑事犯，互有牽涉社會法益之侵害，及行政上義務違反之可能。祇其行爲，究以行政犯而處罰，或以刑事犯而處罰，得爲適宜決定。而立法上則恆以其及於社會之影響爲準，以對社會利益之侵害大者爲刑事犯，小者爲行政犯耳。」（行政法總論二八二頁、二八六頁）

（註九九） 執行罰與刑罰是否可以併科，日本學者中亦有爭論。採否定說，即認爲二者不能併科者，爲田萬、美濃部達吉、島村他三郎諸氏。採肯定說，即認爲二者可以併科者，爲清水澄、佐木惣一、野村淳治諸氏。茲舉美濃部及野村二氏所持之理由於次，以供參考。

美濃部謂：「對於同一行爲，得以併科執行罰與刑罰與否，雖有爭論，然以認其不能併科爲當。蓋二者目的雖異，然就其基於國家之一般統治權，而課以痛苦而言，實有共通之性質，若認爲可以併科，是不啻以同一之義務違反，而科以二重之罰之結果，實違反刑罰法規之精神。」（行政法撮要一三四頁）野村淳治氏則謂：「日本行政執行法上，並無對於觸犯刑法上禁止之行爲，不行爲者，不得課以強制罰之明文，故除行政執行法以外之特別法令，設有反對規定者外，對於刑罰所課之行爲，不行爲，亦得科以強制罰。蓋刑法上之刑罰與行政上之強制罰，異其性質，故私人不爲行政官廳所命之行爲，或爲行政官署所禁止之行爲時，對其不作爲及作爲，自不妨併科以刑罰與強制罰。」（行政法總論二二六頁）

(註一〇〇) 民法第一八八條規定，受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由受僱人與行為人連帶負損害賠償責任；但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。第一百九十條一項規定，動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任；但依動物之種類及性質，已為相當注意之管束，或縱為相當注意之管束，而仍不免發生損害者，不在此限。第一九一條一項規定，土地之建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人，負賠償責任；但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。

(註一〇一) 近年各國學者，盛倡無過失責任主義（結果責任主義）。依此主義，國家不得濫用權力，違法的侵害人民之自由或權利，故如因國家之違法行使權利，而侵害人民之權利時，人民自有就其損害請求國家賠償之權。近年各國立法，亦有採取此種主義，在某程度內，承認國家賠償責任之趨勢，惟我國現尙未有此類立法，故解釋上，不得不囿於過失主義而為上列之解釋。

(註一〇二) 關於此點，日本大審院判例，近三十年來有顯著之變更，在一九一六年（大正五年）以前之判例，皆分國家事業為營利事業與公益事業，僅於其營利事業上，適用民法規定，國家有賠償責任。至於公益

事業則完全不適用民法。故雖違法加損害於人，國家亦不負賠償之責。迨一九一六年承認市立小學因設備不完全，而致兒童於死時，市政府應依民法負損害賠償之責以後，始不因國家事業爲營利事業或公益事業，而異其責任。此中經過，大足供人檢索也。

(註一〇三) 我國最早之訴願法規，係於民國三年五月十七日頒布，稱爲「訴願條例」，同年七月廿日修正之，改稱「訴願法」。國民政府成立後，十八年由立法院根據行政院咨送內政部擬具之草案，議定訴願法十四條，於十九年三月廿四日公布，民國二十四年十月，立法院又將其修正，二五年十二月再修正之，於二六年八月一日公布施行，即現行之訴願法，仍爲十四條。其屢次修正之要點，多爲關於管轄問題。

(註一〇四) 關於訴願事項，各國立法例不同，我國因係採概括主義，日本則採列舉主義，依日本訴願法第一條規定，訴願除法律勅令有特別之規格外，惟對於下列事件，得提起之：1、關於租稅及手續費之賦課事件；2、關於租稅滯納處分事件；3、關於營業免許之拒否或取消事件；4、關於水利及土木事件；5、關於土地之官有、民有區分事件；6、關於地方警察事件；7、其他法律勅令特別許其訴願之事件。

(註一〇五) 關於違法處分與不當處分之區別，司法院曾著有解釋云：「所謂違法處分，係指行政處分之違反法規者而言，若於法律並無違反，而實際上有害公益者，即屬不當處分。」(司法院院字第三五四號解釋)至於權利與利益之區別何在，爲學說上大有爭執之問題，尙乏解釋可據。依吾人所信，權利爲法律所保護

之利益，權利中含有利益之成分，而利益則不若權利之充滿法律性，雖利益有時亦受法律之保護，然固不似權利所受保護之確定與堅強。例如吾人家中自置沙發，因所有權關係自得享有使用之權利，果行政官署無法規根據而徵用之，則為侵害人民權利之違法處分。至於公園中之長椅，遊人並無所有權，而得使用之者，係屬一種利益之享受，果使市政府以行政處分禁止某甲使用，則為侵害人民利益之不當處分矣。

（註一〇六）訴願法第一條所稱之人民，並不限於中華民國國籍，即居留中國之外國人，如因違法或不當之行政處分損害其權利或利益時，亦得提起訴願。此節前平政院曾通令有案，國府成立後仍援用之。

（註一〇七）公務員對於主管官署所為之處分，得以提起訴願與否，學理上有積極消極二說。主張積極說者，以公務員亦係人民，供職亦係權利之一種，對於主管官署之不當處分，自得適用訴願法第一條之規定，提起訴願。主張消極說者，則謂長官對於屬員之處分，係行使公法上國家之職權，人民依法訴願，係保障私法上個人之利益，根本不能相混，公務員對於上級官署之任免命令，祇有服從義務，此因身分與一般人民不同，亦因職務與普通權利有別，故不能適用訴願法第一條之規定。我國司法院歷次解釋，均採消極說。如院字第三三九號解釋云：「人民為官吏，雖係公權之一種，然人民與官吏身分各別，其有因官吏身分受行政處分者，純屬行政範圍，非以人民身分，因官署處分受損害者可比，自不得援引訴願法提起訴願。」院字第一二八五號解釋云：「已退休之公務員，關於養老金支給數額及其方法，依公務員卹金條例所規定，係為公務員之特異身分而設，實為

公法上之權利，故其請求被原官署爲駁回之處分後，無論是否受有損害，要不得依訴願法第一條提起訴願。均其適例。

(註一〇八) 日儒島村他三郎氏，謂訴願與請願不同之點有四：(1) 攻擊之目的不同，請願不以攻擊行政處分爲其要件，對於事實上之行爲，私法上之行爲，以及不與行政處分相當之公法上行爲，亦得請願。(2) 主張之理由不同，請願不必主張害及其利益，主張其在一般之公安上、公益上爲失當，以及對於將來事項，喚起注意，開陳希望者，亦不失爲請願。(3) 要求不同，訴願因無攻擊行政處分之必要，即令係攻擊行政處分，其僅指該處分失當，而喚起以後之注意，或希望將來爲一定處分者，亦不失爲請願，故與要求撤銷或變更對於處分加以攻擊之訴願不同。(4) 就受理機關，應依一定手續而爲決定與否而言，二者亦不相同，訴願如具備法定要件，即應就其主張而爲裁決，反之在受理請願之機關，則未必有此必要。(見行政法要論二四七頁)。

(註一〇九) 自省政府合署辦公制度，及行政督察專員制度實施以後，地方行政組織頗有變更，自亦影響及於各級訴願之管轄，故軍事委員會委員長南昌行營，曾於二三年十一月頒布省政府合署辦公後訴願管轄程序辦法三條如下：

一、不服縣、市政府處分，仍以省政府主管廳爲訴願機關，以省政府爲再訴願機關，訴願由主管廳主辦，決定書由該管廳長署名（不受省政府合署辦公辦法大綱第六條拘束），而以省政府名義行之，再訴願由省政府

主辦主席署名行之

二、因省政府合署辦公辦法大綱第五條之規定，省政府所屬各廳之處分，視同省政府之處分，不服此項處分，應向中央主管部會提起訴願，向主管院提起再訴願，惟對於該大綱第四條自發之廳令，仍依訴願法二條二款辦理。

三、各行政督察專員公署，遇有訴願，仍照豫鄂皖三省剿匪總司令部普鄂字第四二七號指令辦理（原令謂行政督察專員，與各廳處在行政地位上，同屬一級，各廳處受理訴願時，應對於該管專員為事實上之諮詢，專員受理訴願時，應附具意見，移送主管廳處核辦，以符法意）。

右列三條，除第一條規定因新訴願法已就舊訴願法之規定，加以修正，可不俟論外，其餘二條仍為現行決定管轄之標準。

（註一一〇）關於訴願之管轄，尚有應注意者三：1、凡下級官署呈奉上級官署核准所為之處分，下級官署奉令執行之件，而在實施處分時，以下級官署名義行之者，皆認為下級官署之處分，對之提起訴願，此其一。2、不服縣、市以下各機關之處分者，依司法院院字第三五四號之解釋，應依第三條之規定，比照等級為之，此其二。3、不服五院及直隸國民政府各官署之處分者，僅有訴願而無再訴願，蓋五院為全國行使行政、立法、司法等權之最高機關，兼有最後之指揮監督權，而國民政府之地位，又不親政治，故即以原機關為訴願機關，無再訴願之

必要也，此其三。

(註一一一) 行政院第二一三一號訓令謂：「訴願法第四條所謂在途期間，應比照司法行政部訓字第二一二五號通令所定民事訴訟當事人扣除在途期間辦法辦理，即「當事人住居地距離法院所在地，每水陸路五十里，應扣除在途期間一日，不滿五十里，而在十里以上者，亦同。海路每一海里作三里半計算，其火車輪船通行之地，則在途期間之全部或一部，依車行或船行期間定之。若車行或船行期間，不滿一日者，亦作一日計算。」

(註一一二) 范揚氏謂我國現行行政訴訟制度，實以保護個人權利為主要目的，與本書持相反之見解。其言曰：「關於行政訴訟之性質，學說至不一致，主要者計有權利保護說與法規維持說二說。前者以行政訴訟為保護權利而設，後者以行政訴訟為維持法規而設。余以此問題之解答，應以各國之成法為準。蓋實際法制，本得依於任何一說，或折衷兩者而成立。如日本法制採折衷說，普魯士採法規說，法與南德意志諸邦採權利說。我國現制觀於行政訴訟法第一條謂：『人民因：：官署之違法處分，致損害其權利：：者，得向行政法院提起行政訴訟。』蓋亦從權利說也。要之，我國現行行政訴訟制度，實以保護個人權利為主要目的，而非重在維持法規。雖行政審判之際，所告爭之行政處分違法與否，必成問題。以是其審判作用，似亦在於排除行政關係中之違法狀態者。然此時法之宣判，不過為保護個人權利之手段而已。個人權利因受違法侵害，請求行政救濟，其前提因須審查法規，而其訴訟目的，則終在乎權利之保護也。」(行政法總論三〇一頁以下)。

(註一一三) 我國之有行政訴訟法，始於民國三年北京政府公布之行政訴訟法，全文共四章三十四條。國民政府成立以後，於二年十一月十七日公布行政訴訟法廿七條，定於二年六月二三日施行。該法前後修正兩次，第一次修正於二四年十月，第二次修正於二五年十二月，於二六年一月八日公布施行，是即現行之行政訴訟法也。

(註一一四) 茲錄民法關於損害賠償之規定於次，以供參考：1、負損害賠償責任者，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀，因回復原狀而給付金錢者，自損害發生時起加給利息。2、應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。3、不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。4、損害賠償除法律另有規定，或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，依通常情形或依已定之計畫設備，或其他特別情事，可得預期之利益視為所失利益。5、損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之；重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不予促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。6、損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償，致賠償義務人之生計，有重大影響時，法院得減輕其賠償金額（民法第二一三條至二一八條）。

(註一一五) 范揚氏前揭書對於晚近之英、美行政審判情形，敘述甚詳，可供參考。其言曰：「英、美等國，在



法理上向無公私法之別，無論行政主體與私人間，或私人相互之關係，皆受普通法之支配。而關於法律上之爭訟，亦無行政事件與刑事事件之分，概屬於普通法院審判。故英、美等國，根本上無所謂行政法，久為學者之所論定。祇近歲以來，情勢變遷，為應實際需要，行政各部每設初級之行政審判機關，迄於最近為止，其數之多，無慮有二百餘種。質其所以獨立增設之理由，不外（1）因最近社會立法發達之結果，行政權活動之範圍，逐漸擴大，舊有之普通法院，對於此類之新案件，缺少理解，不如使與之有深切關係之行政各部，組織特別審判機關，較為妥當。（2）普通法院，程序迂緩，費用浩大，不如行政審判，迅速省費。（3）行政爭訟事件，漸臻繁雜，普通法院，實已不能再加受理。（4）行政各方面，盛行標準立法，除非具體應用，其內容甚難絕對確定，欲解決此類法律問題，亦非專任之行政審判機關不可。基於此等理由，故其獨立分離之行政審判機關，有增無已。然其裁判程序，原則上未採公開言詞辯論主義，判決往往不附理由，且判例亦不發表，凡此各點，與嚴正之行政審判，猶覺有所未符。又對於此等行政審判機關之判決，如有不服，仍得控訴於普通法院，在此點上，與完全分離獨立主義，亦屬異致。

（三一—二頁）

（註一一六）我國受理行政訴訟之機關，始於民國三年成立之平政院，惟平政院與今日之行政法院，頗不相同。1. 平政院為行政組織之一部，且為中央政府內之獨立機關，雖其執掌專在行政審判，不在處理普通行政事務，而與一般法院，固異其組織上之系統也。行政法院則隸屬於司法院，而與最高法院、司法行政部、中央公

務員懲戒委員等並立者也。2、平政院對於遼遠之地方，除以地方最高行政官署爲被告之行政訴訟外，得由平政院長囑託被告官署所在地最高級司法官署司法官與其所派之平政院評事，合組五人合議庭審理之。其在事實上實爲平政院暫時所設之分庭。行政法院則並無分院及類似之組織，且亦不如一般法院之有等級也。3、平政院兼有公務員懲戒之權，最初並設有肅政廳，置肅政史，掌理糾彈職權，其對於人民未提起之訟案，亦得向平政院提起之，並監視平政院裁判之執行。行政法院則無懲戒公務員之權力，審理案件，亦遵守不告不理之原則焉。

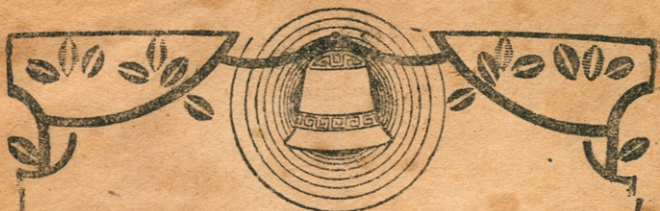
準上比較，可知行政法院之組織，實具特殊性，所掌理者，雖爲行政事件之訴訟，然在系統上，則爲隸屬於司法院之機關，與法德諸國均不相同，故年前討論憲草之時，評論者頗不乏人。

(註一一七)

民事訴訟法第三十二條規定，推事有左列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務，1、

推事或其配偶、前配偶、或未婚配偶，爲該訴訟事件當事人者；2、推事爲該訴訟事件當事人七親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者；3、推事或其配偶、前配偶、或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人、或償還義務人之關係者；4、推事現爲或曾爲該訴訟事件當事人之法定代理人、或家長、家屬者；5、推事於該訴訟事件，現爲或曾爲當事人之訴訟代理人、或輔佐人者；6、推事於該訴訟事件，曾爲證人或鑑定人者；7、推事曾參與該訴訟事件之前審裁判、或公斷者。

(註一一八) 再審之說，謂因有一定情事對於確定判決提起不服之訴，請求再為審判之謂也。得請求再審之一定情事，稱為再審事由。再審事由，為民事訴訟法第四九二條所明定。依該條規定，再審事由如下：1、判決法院之組織不合法者；2、依法律或裁判應迴避之推事，參與裁判者；3、當事人於訴訟未經合法代理人；4、當事人知他造之住所居所指為所在不明，而與涉訟者，但他造已承認其訴訟程序者，不在此限；5、參與裁判之推事，關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者；6、當事人之代理人或他造，或其代理人，關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決者；7、為判決基礎之證物，係偽造或變造者；8、證人鑑定人或通譯，就為判決基礎之證言，鑑定或通譯，被處偽證之刑者；9、為判決基礎之民事或刑事判決，及其他裁判，或行政處分，依其後之確定，裁判或行政處分已變更者；10、當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決或和解調解，或得使用該判決或和解調解者；11、當事人發見未經斟酌之證物，或得使用該證物者，但以如未經斟酌可受較有利之裁判者為限。



版權所  
翻印必  
有究

中華民國三十二年四月渝初版  
中華民國三十五年九月滬一版

中國行政法總論

全一冊 定價國幣四元三角

(外埠酌加運費匯費)

編者 林紀東

發行人 吳秉常

印刷所 正中書局

發行所 正中書局

(1583)

588.1  
4425-4  
1946

0570655

588.92  
4425-4 570655

中國行政法總論

| 姓名 | 日期 | 姓名 | 日期 |
|----|----|----|----|
|    |    |    |    |
|    |    |    |    |
|    |    |    |    |
|    |    |    |    |
|    |    |    |    |

注意

館藏圖書  
不准圈註

違者賠償

國立臺灣大學圖書館  
法學院分館

分類號

登錄號

588.92

4425-4

570655



\*0570655\*