

行政法大綱

行政法大綱

上卷
總論

白鵬飛著

中華民國二十一年九月初版
中華民國二十四年七月再版
行政法大綱上卷總論一冊



著 作 人

白 鵬 飛

出 版 者

好 望 書 店

發 行 所

好 望 書 店

分 售 處

各 大 書 店

北平宣內大街甲二十一號
電話南局三八一八

定價大洋壹元
外埠酌加郵費匯費

自序

民國十六年，始將拙著行政法總論，作為學藝叢書，由商務印書館出版。行政法各論，則遲至十九年夏季，方交由該館印行。今年淞滬之役，聞北燬於兵火，此姊妹篇之版本，據學藝社之報告，已成爲劫灰。年來法令紛更，舊著與現行法不盡吻合，茲特將原稿重新編訂，字數較原著約減去十分之四，關於總論部分，原書分爲兩章，今分爲三章。其第一章關於行政之觀念，行政行爲之內容，行政行爲之無效諸點，增訂之處不少，學者讀之，於觀念上，當更易於獲得正確明瞭的認識。其第二章除行政組織，現行官制，悉依現行法全部加以訂正之外；公共團體總論中，特加入現行地方自治制度一節，及公共團體機關之種類等，胥爲前此之所無。其第三章行政上之爭訟，由訴願及行政訴訟構成之。悉依照國民政府所頒布之

訴願法，行政法院組織法，行政訴訟法等，以爲敘述上理論上之根據。約言之，則全書於理論方面，較之舊著爲簡明暢達；於實際方面，則較之舊著爲切於實用。雖不敢云盡善盡美，然較之國內最近出版同類之著述，尙無愧色而已。各論部分，俟修正後，當繼續刊行之。

本書出版之際，關於全書之校閱指正，深得劉抱愿先生之助力。行政訴訟法一節之修正，則出自同事黃覺非先生之手筆。其校對之勞，則由童國垣白開銘兩君任之。特誌數言於此，以表謝意！

民國二十一年七月桂林白鵬飛序於北平

行政法大綱(上卷總論)目錄

第一章 行政法之基礎觀念及基礎規律

第一節 行政之觀念

第一款 行政觀念之發生

第二款 實質的意義之行政

第三款 形式的意義之行政

第二節 行政權

第一款 行政權之觀念

第二款 行政權之作用

第三款 行政權之界限

第三節 行政法

行政法大綱 目錄

一 一 一
一 六 一
一 二 一
一 一 一
一 一 九
一 六 一
一 一 一

第一款 行政法之觀念

二二

第二款 行政法之法源

二八

第三款 行政法之法系

三四

第四節 公法關係

第一款 公法關係之性質

三七

第一項 國家與人民之關係

三九

第二項 公共團體與國家公共團體與其他公共團體及公

共團體與其所屬人民之關係

四三

第三項 私人相互間之關係

四四

第二款 一般統治關係與特別權力關係

四五

第三款 公權之性質

四八

| | | |
|-----|----------------------|----|
| 第四款 | 國家的公權之授與 | 五一 |
| 第五款 | 公法上之法律原因 | 五二 |
| 第五節 | 行政行爲 | 五六 |
| 第一款 | 行政行爲之觀念 | 五六 |
| 第一項 | 廣義的行政行爲 | 五六 |
| 第二項 | 狹義的行政行爲 | 五七 |
| 第三項 | 最狹義的行政行爲 | 五七 |
| 第二款 | 行政行爲之種類 | 五九 |
| 第一項 | 法律行爲的行政行爲與準法律行爲的行政行爲 | 六一 |
| 第二項 | 行政處分契約及協定 | 六三 |
| 第三款 | 行政行爲之內容 | 七一 |

第一項 概說

七二

第二項 命令的行政行爲

七四

第三項 形成的行政行爲

七七

第四項 補充的及代理的行政行爲

八二

第五項 準法律行爲的行政行爲

八四

第四款 行政行爲之附款

八八

第一項 有條件的行政行爲

八九

第二項 有期限的行政行爲

九一

第三項 有負擔的行政行爲

九一

第四項 取消權之保留

九三

第五項 法律的效果之一部的除外

九三

第五款 行政行爲之效力

第一項 行政行爲之拘束力

九四

第二項 行政行爲之確定力

九五

第三項 行政行爲之執行力

九七

第六節 行政行爲之無效

九七

第七節 行政行爲無效之原因

九九

第一款 基因於無權限之無效

一〇〇

第一項 權限外之行爲

一〇〇

第二項 非正當組織之行政機關之行爲

一〇二

第三項 須他機關之同意而未得同意之行爲

一〇二

第二款 基因於欠缺意思之無效

一〇二

第三款 基因於欠缺內容之無效

第一項 法律上不能之行爲

第二項 內容不確定之行爲

第四款 基因於欠缺形式之無效

第五款 基因於欠缺手續之無效

第八節 行政行爲之取消

第一款 得自由取消之行政行爲

第二款 須有特別的理由方得取消之行政行爲

第三款 有確定力之行爲

第四款 有取消權之官署

第五款 取消之效果

一〇三

一〇三

一〇五

一〇五

一〇六

一〇七

一〇七

一〇八

一〇八

一〇九

一一一

第九節 行政上之強制執行

第一款 概說

第二款 代執行

第三款 執行罰

第四款 直接強制

第五款 行政上之強制徵收

第十節 行政上之損害賠償及損失補償

第一款 概說

第二款 基因於行政上之不法行為之損害賠償

第一項 行為者個人的責任

第二項 國家或公法人之責任

一一三

一一三

一一六

一一八

一二二

一二四

一二五

一二六

一二六

一二六

一二七

第三款 公法上之損失補償

第二章 行政組織

第一節 行政組織概說

第一款 最高行政機關

第一項 單一制

第二項 合議制

第三項 責任內閣制

第二款 一般行政機關

第三款 行政機關之種類

第四款 行政官署之權限

第五款 行政官署之代理及事務委任

一二九

一三一

一三一

一三二

一三二

一三二

一三三

一三三

一三四

一三五

一三七

第六款 行政官署之監督

一三九

第七款 行政機關之構成分子

一四一

第八款 委任行政

一四二

第二節 現行官制之大略

一四三

第一款 中央官制之沿革

一四四

第二款 現行中央官制

一四六

第三款 現行地方官制

一五〇

第三節 官吏

一五二

第一款 官吏關係之法律上之性質

一五二

第一項 國家勤務之種別

一五三

第二項 官吏關係之要素

一五五

- | | | |
|-----|---------------|-----|
| 第三項 | 官吏關係之常素 | 一五八 |
| 第四項 | 形式上之官吏與實質上之官吏 | 一六〇 |
| 第五項 | 官職之觀念 | 一六一 |
| 第六項 | 官之種類 | 一六二 |
| 第二款 | 官吏關係之成立變更及消滅 | 一六二 |
| 第一項 | 任官行爲之性質 | 一六三 |
| 第二項 | 補 職 | 一六五 |
| 第三項 | 任官之形式 | 一六六 |
| 第四項 | 就官能力 | 一六七 |
| 第五項 | 任用之資格要件 | 一六九 |
| 第六項 | 轉官及轉職（調任及借補） | 一七二 |

第七項 解 職

一七三

第八項 官吏關係之終了

一七五

第三款 官吏之義務

一七七

第四款 官吏之責任

一九七

第一項 官吏刑法上之責任

一九八

第二項 官吏民法上之責任（私法上之損害賠償）

二〇〇

第三項 官吏法上之責任

二〇四

第五款 官吏之權利

二一七

第四節 公共團體總論

二二〇

第一款 公共團體在法律上之性質

二二〇

第一項 概 論

二二〇

第二項 公共團體之性質

一一三五

第二欸 公共團體與自治行政

一二三七

第三欸 公共團體之種類

一二四四

第一項 基因於組織之公共團體之種類

一二四四

第二項 基因於權能之公共團體之種類

一二五〇

第四欸 公共團體之成立變更及消滅

一二五一

第一項 公共團體之設立

一二五一

第二項 公共團體之變更

一二五三

第三項 公共團體之消滅

一二五七

第五欸 公共團體之權利及權力

一二六〇

第一項 固有事務及委任事務

一二六〇

- 第二項 必要事務及隨意事務 二六三
- 第三項 公共團體之權力 二六四
- 第六款 公共團體之義務 二六五
- 第一項 遂行存立目的之義務 二六五
- 第二項 自由負擔之義務 二六七
- 第三項 服從國家特別監督之義務 二六九
- 第七款 公共團體之機關 二七三
- 第一項 概說 二七三
- 第二項 公共團體機關之種類 二七四
- 第三項 公共團體機關之構成分子 二七八
- 第八款 公共團體之公吏或公務員 二七九

第一項 公吏與官吏之區別

二七九

第二項 公吏之種類

二八一

第三項 公吏對於公共團體之法律關係

二八三

第五節 現行地方自治制度

二八三

第一欸 沿革

二八三

第二欸 現況

二八七

第一項 縣之性質及構成

二八七

第二項 區之性質及構成

二八九

第三項 鄉鎮閭鄰之性質及構成

二九〇

第三章 行政上之爭訟

二九二

第一節 概論

二九二

第一款 爭訟之觀念

二九二

第二款 行政爭訟之種類

二九四

第一項 行政上始審的爭訟

二九五

第二項 行政上覆審的爭訟

二九六

第二節 訴願

二九七

第一款 訴願之性質及種類

二九七

第二款 訴願事項

三〇〇

第三款 訴願權者

三〇一

第四款 訴願裁決之機關

三〇三

第五款 訴願之提起

三〇三

第六款 訴願之審理及裁決

三〇六

第三節 行政訴訟

第一欸 行政訴訟之觀念

三〇九

第二欸 行政法院之組織

三〇九

第三欸 行政訴訟之範圍

三一六

第四欸 行政訴訟之程序

三一七

第一項 行政訴訟提起之要件

三二〇

第二項 訴訟提起之效果

三二二

第三項 訴訟當事人

三二三

第四項 關於訴訟程序之諸原則

三二六

第五項 行政訴訟之判決

三二八

第五欸 行政訴訟之費用

三二九

第六欸 行政訴訟判決之執行

三三〇

行政法大綱

上卷總論

白鵬飛著

第一章 行政法之基礎觀念及基礎規律

第一節 行政之觀念

第一款 行政觀念之發生

行政 (Administration Verwaltung) 爲國家統治權之一種作用。依通說：國家爲單一獨立之人格者，有單一獨立之意思力，而爲統治權之主體。

因其統治權乃單一的，獨立的，故不能劃分爲二，以保持其國家之統一與獨立。然統治權雖不可分，而實際上，則統治權之作用，不妨劃分爲二，爲三，爲四，爲五也。近世國家，其統治權之作用，恒分爲三種：卽立法 (Gesetzgebung; Legislation; Legislation) 司法 (Justiz; Judicature) 及行政

是也。

普通所謂三權分立者，非謂一國之內，有三種獨立的統治權，不過指當行使統治權之際，應劃分爲三種作用耳。即統治權行使於制定法規之際，則謂之爲立法作用，或曰立法權。(Legislative Power) 統治權行使於保護法規，執行法規之際，則謂之爲司法作用，或曰司法權。(Judicial power) 統治權行使於處理國家實際的生活之際，則謂之爲行政作用，或曰行政權。(Administrative power)

考國家作用分化之沿革，最初僅有廣汎的行政之觀念，其後乃分化爲行政與司法，最後始於行政與司法之外，而發生立法作用之特別觀念。故近世行政之觀念，與未分化以前之觀念不同，係指由國家作用之中，除去屬於司法及立法兩作用之外所餘之作用而言。故欲明悉行政之觀念，須先

明悉司法及立法之觀念，與其相互間之區別。

司法之觀念，從普通的解釋，則爲對於具體的事件，適用法規，而維持之之國家作用。簡言之，則爲關於民事刑事之裁判作用。

立法之觀念，從普通的解釋，則爲制定法規之國家作用。易言之，則爲立法機關之人民代表議會，制定法律之立法作用。

三權分立說，(Theorie de la Separation des Pouvoirs)對於防止國家濫用權力，促成立憲政治，雖有顯著的功績；然在法理上，則不能成立。在實際上，則行政機關，除行政作用之外，常附帶有司法作用，及立法作用。司法機關，亦附帶有行政作用。而立法機關，亦往往有行政作用。故欲正當理解三權分立之原則，尙有注意下列諸點之必要。

(一)三權分立，非統治權三分，而相互獨立之謂；不過將統治作用，

適當分配於三種不同性質之國家機關而已。倘令立法，司法，行政，絕對的分離獨立，而各成一單一的人格者，則與國家之統一獨立，不能相容。

(二)將國家作用，直接分爲立法，司法，行法，之三種作用，在論理上，亦欠妥適。自論理上言之，國家作用，應先分爲立法，及廣義的行政。其次，乃更將廣義的行政，分爲司法，及狹義的行政，何則，因立法與行政之區別，及司法與行政之區別，其標準各不相同故也。

立法與行政，其區別專在行爲之性質，而不在目的。自兩者行爲之性質言之，立法乃制定法規之行爲，而行政則爲根據法規，以行各種之活動。若自兩者之目的言之，則兩者俱爲達到國家同一的目的而設，故不能以目的爲兩者之區別。

司法與行政，其區別專在目的之不同，而其行爲之性質，則大體相似

。因司法及行政，均係根據法規，以行國家之種種活動者也。其區別之標準，專在目的，因司法之目的，在裁決民事刑事，而行政之目的，則在處理民事刑事以外其他之國家事務。

(三)實際上，即就相對的意義之三權分立言之，亦有許多之例外。如立法權雖操之於立法機關，而行政機關，根據憲法之規定，亦得提出法案，拒絕法律之公佈，及自行制定各種行政法規，是行政機關，亦兼有立法的作用矣。又行政權雖操之於行政機關，而立法機關，依據憲法之規定，對於條約之批准，預算之決定，任官之同意等，均具有行政的性質，是立法機關，亦兼有行政的作用矣。此外如司法機關之處理其內部之行政事務，或對於其所屬吏員之監督作用，公安局對於違警者所行之即決判決，則司法機關，亦兼有行政作用，而行政機關之中，亦兼有司法作用矣。故言

三權分立者，除法理上，論理上，須注意上述二點之外，尚須注意此種實際上許多之例外也。

因有此種許多例外，故關於立法司法及行政之觀念，遂發生實質的意義，與形式的意義之兩種區別。

第二款 實質的意義之行政

實質的意義之行政，係指除去關於民事刑事之外，其他一切行於法規之下之國家的作用之謂也。

(一) 行政乃行於法規之下之作用。立法制定法規，而行政則立於法規之下，以爲各種之活動。行政對於法規之關係，得分爲下列諸點言之。

(1) 法規之執行。法規所規定者，大抵爲抽象的規律，非依行政行爲，不能發生現實的效果。此際所行之行政行爲，係依據法規而執行之，

而令其法規所定之規律具體化，是爲法規之執行。

(2) 法規之授權。 法規僅決定規律之根據，在一定之限度內，令行政機關依據之，於自由裁量之後，以行政行爲，實現法規所豫想之狀態，是爲法規之授權。

(3) 法規之限制。 法規對於人民之權利義務無直接的利害之行政作用，通常僅規定一定之限度，而令行政機關，以自由裁量行之。然立法機關，對於此等作用，亦得制定強要的規律，而令行政機關遵守之，以爲行政行爲之準則，是爲法規之限制。

(4) 法規之直接效果。 法規僅依其本身之規定，卽能直接完成法的規律，而發生效果，更無須何等之行政行爲者，是爲法規之直接效果。

從上述之四點言之，則所謂行政係行於法規之下之作用者，包含有

不得破壞既定之法規，不得對於既定之法規所規定之權利義務之外，授與新權利，增加新義務，並須立於法規之下，或依法執行之，或根據法規之授權，以爲自由裁量之標準，或在法規限制之內，以爲活動之各種意義在內。

(二)行政乃除去關於民事刑事以外之作用。民事作用，指維持私法關係之秩序所行之國家作用而言。刑事作用，乃對於犯罪者科處刑罰之國家的作用之謂。關於民事刑事之國家的作用，屬於實質的意義之司法。故行政係指行於法規之下之國家的作用中，除去司法作用者也。

司法之觀念，有廣狹兩種意義：狹義的司法，僅指民事及刑事之裁判而言。廣義的司法，則爲關於民事及刑事立於法規之下所行國家之一切作用之意。故司法與行政，其行爲之性質，大致相同，所異者，目的而已。

(二) 行政乃國家的作用。行政作用之大部分，實質上，與私人之生活行動相似。而立法作用，及司法作用，均以國家之權力為前提，因國家之權力，為私人所無，故立法及司法，遂成為國家所特有之作用。而行政作用，不必一定行使國家之權力，即非權力的作用，亦包含在內，故實質上，與私人之生活行動，頗難區別，不過因其出自國家之生活行動，故稱之為國家的作用，而具有公法上所謂行政之性質而已。

第三款 形式的意義之行政

形式的意義之行政，係指屬於國家之行政機關及公共團體權限內之作
用之謂也。

(一) 形式的意義之行政，得分為國家之行政及公共團體之行政兩種。
國家之行政，指除去立法機關，司法機關，及其他不屬於立法，司法，

行政，之特殊機關之外所殘餘之最高行政機關與一般行政機關所行之作用而言。此等行政機關所行之作用，無論其屬於如何之種類，祇須在形式上係由行政機關所行之作用，即為形式的意義之行政。不過形式的意義之行政，除國家之行政機關而外，尚包含有公共團體所行之作用在內耳。

(二)形式的意義之行政，乃屬於國家之行政機關及公共團體權限內之一切作用。國家之行政機關，除掌管實質的意義之行政事務而外，實際上，並包含有一部分之立法及司法之作用在內。故形式的意義之行政，自其實質言之，則於行政之外，並及於立法與司法也。反是，而實質上雖屬於行政之作用，然以其不屬於行政機關之權限，故亦不在形式的意義之行政範圍之內。約言之，則凡屬於行政機關權限內之一切作用，俱為形式的意義之行政。其他由公共團體所行之作用，不問其實質如何，亦可作同樣

的解釋。即凡屬於公共團體權限內之一切作用，均爲形式的意義之行政是也。

第二節 行政權

第一款 行政權之觀念

行政權觀念之確立，與近世法治主義，有重大的關係。在非法治主義之國家，其行政權之活動，完全不受法律的限制，故亦無所謂行政法。及法治主義盛行，行政權始受法的拘束，而一切行政作用，乃局限於法之範圍以內。國家非根據法律，不得限制國民之自由，與行使國家的權力。故在法治主義之下，其行使行政權者，與受行政權之支配者，俱同樣受法的拘束，而其法律，係由國民自身所承認者也。

自上述實質的意義言之，則除刑政及法政之外，其他一切行於法規下

之國家的作用，均謂之行政。而其行此種作用之國家的權力，是爲行政權。

自上述形式的意義言之，則凡由國家之行政機關及公共團體，在法律所授與之權限內，所行之一切作用，均謂之行政。而其所享有之國家的權力，是爲行政權。

更自普通的意義言之，則除立法權，司法權，及其他不屬於立法，司法，行政，之特殊的國權而外，凡由行政機關及公共團體，依法行使之權力，即爲行政權。

第二款 行政權之作用

形式的意義之行政權作用，自其實質觀之，可分爲九種：

(一)組織 一切法人，皆爲組織體。其存立之第一要件，即在有機關

之組織。但除國家之外，其他一切之法人，均係依據國家之意思，而定關於其組織之法則。惟國家有自主組織權，能不受其他之支配，以自己之意思，而定其一切之組織。關於自主組織權之法則，一部分屬於憲法，一部分屬於行政法。

(二)警察 國家最主要目的之一，在維持社會之秩序，保護國民生活之安全，是為國家治安之目的。國家為達治安之目的計，而行使命令人民強制人民之作用，是為警察。其行此種作用之國家的權力，是為警察權。

(三)保育 現代的國家，不僅以司法及警察，維持社會之安寧為已足，必更進一步，而以開發社會之文化，增進國民之福利，為一種重要的任務，是為國家文化之目的。國家為達此種目的計，或自為大企業者，而經營不適用於私人自由經營之各種生產事業，或保護獎勵民間之事業，及課人

民以各種負擔，而策此等事業之進行，此種作用。是爲保育。

(四)法政 國家欲達治安之目的，不能不於社會各個人之相互間規定法的規律，而維持之。各個人相互間之法的規律，卽私法也。關於私法關係之國家的作用，是爲法政。法政的作用，本屬於司法權之範圍，但其中之一部分，有屬於行政機關之管轄者，自其形式的意義言之，亦在行政權範圍之內，故在此種限度內，應由行政法論述之。

(五)軍政 國家爲保持其國際上之地位，及國內之和平計，不能不具武力，而實現其武力者，卽陸海空之軍隊。關於編制軍隊，及維持管理之，並因此而課人民以負擔之作用，是爲軍政。

(六)財政 國家爲達其各種之目的計。不能不有財力，國家因取得其財力，及維持管理之，而課人民以負擔，此種國家的作用，是爲財政。

(七)外政 立國於世界各國之間，因維持其地位，而相與構成國際社會，則不僅對於國內有統治人民，保全公共福利之任務，而對外尚有與列國交涉，主張本國之權利，保護僑民之利益，及協同各國，確保世界之和平，貢獻文化於全人類之任務，此種國家的作用，是為外政。外政之作用，固非與行政法全然無關係，關於擔任外政之國家機關，其組織與權能，均由國內法定之，本屬於行政法之範圍，然關於外政之作用，另有國際法之專門研究，故本書略之。

(八)刑政 除警察及法政之外，因欲達治安之目的計，尚有賴於刑政。刑政者，防止擾亂社會秩序之行爲，及將此等擾亂社會秩序之人，屏之於社會之外，或懲罰之，而促其改過遷善之制裁的作用也。此種制裁，是為刑罰。國家課刑罰之權力。是為刑罰權。刑罰權之一切作用，皆屬於刑

政。刑政之作用，屬於刑法。刑事訴訟法，及監獄法之研究範圍，本書亦從略。

(九)行政訴訟 行政乃行於法規下之作用，以不得違反法規爲要件。行政作用。萬一違反法規，而害及人民之法益，則近代之法治國，通常均許人民用訴訟手段爭之，而保持法規之正當的適用。爲確保行政法規之正當的適用所行之訴訟，特名之曰行政訴訟，以與民刑訴訟相區別。

第三款 行政權之界限

專制時代之行政權，無所謂限制。法治時代，則官吏與人民，均受法的律規，故行政權之作用，恒以行於法規之下爲要件。因此，而有關於行政權之界限之四大原則：

(一) 行政權之作用，不得與法規相抵觸。

一切法規，不問其爲法律，爲命令，爲條約，或爲慣習法，要皆屬於規定人民之權利義務，及國家之權利義務者也。不獨人民須受其拘束，即國家亦須受其拘束。故行使行政權時，必須以法規爲準據。雖行政作用，不單限於執行法規所規定之行爲，苟在法規之範圍內，行政權儘有適當活動之自由，然行政上一切作用，對於法規，終有不可侵犯之規律界限，但不能抵觸法律，或上級機關之命令，即其行政機關自身所定之命令，亦不得自相矛盾，苟認前此所發之命令爲不適當，亦須以正當之形式變更之而後可，否則自行違反，亦爲法律之所不許也。

(二)以行政權侵害人民之自由及財產時，必須有法規之根據。

近世法治主義之原則，對於人民之服從義務，均由國法爲之規定，除國法所規定之外，即令以國家之權力，亦不得拘束人民之自由，限制人民

之權利，及使人民負擔義務也。雖各國之憲法，多認行政權在一定限度內，有立法之作用，而在此限度內，得以行政權規定侵害人民之自由及財產之法規，然此屬於特別之例外，除此而外，欲以行政權加拘束於人民之自由及財產，則必須依據法律之規定，否則人民對於此種違法之命令，決無服從之義務也。

(二) 行政權非有法規之根據，則不得對於特定人免除其法規所命之義務，或為特定人設定特權。

行政機關，對於法規上一般人民所負之義務，必須嚴正執行，除由法規特認行政機關有免除之之權限外，行政權不得任意免除之也。在私人間之關係，原則上可以任意拋棄自己之權利。然在國家與人民之關係，則國家拋棄其權利，惟由立法可以行之，而不屬於行政權自由裁量之範圍也。

何則，苟拋棄其法規所定之權利，卽不啻拒絕法規之執行故也。是不僅刑罰權。警察權，課稅權等，公權利之行使爲然，卽國家處於與私人同樣之地位，享有民法上之權利時，亦如是。例如無條件將國有地讓與他人，免除土地或建築物之租金，允准國有鐵路之乘車免費，及其他對於私人拋棄國家債權之行爲，除爲法規特別認許者外，均不得由行政機關以自由裁量行之也。此外屬於公權力之作用，以免除人民之義務者，亦須以法規所規定者爲限。例如刑罰權之拋棄，則有大赦，特赦，減刑，復權，假釋，緩刑等之規定。課稅權之拋棄，則有免租，免稅，納稅延期，緩納等之規定。警察義務，公負擔等之免除亦然。要非依據此等規定，則不能任意免除，倘任意免除，卽爲違法。

不依據法規之規定，而設定特權，亦爲違法。因一經法規所規定，卽

須對於一般人民，平等適用之，不能以行政權之自由裁量，任意作成例外。其不依法規，而爲特定人設定特權，是違背「法律之前萬人平等」之原則，乃法律上所不能認許者也。

(四)即法規許行政權以自由裁量，其裁量之範圍，亦不得超過法規所定之界限。

除純然關於便宜問題者而外，惟限於對各個事件，裁量其何者爲法規之所要求而已，非許行政權之專斷也。行政作用，雖當受法規之拘束，然法規不能對於所有一切之行政作用，一一爲之規定。通常恒於適當之範圍內，許行政機關自行判斷，而施行適當之處置，是即行政權之自由裁量也。 (*Pouvoir discretionnaire, Freies Ermessen*) 然自由裁量，仍須受法律上兩種限制：一爲對於裁量權界限上之限制。一爲對於裁量權內容上之限

制。

第一，行政權之自由裁量，不得超過法規所定之界限，其裁量須常在法規範圍之內，苟逸出範圍，是為裁量權超過，(Ermessensüberschreitung) 卽不免於違法。

第二，行政權之自由裁量，在內容上，有兩種區別：一為關於便宜問題之自由裁量，一為關於法律問題之自由裁量。便宜問題者，與人民之權利義務，無直接關係，祇須攷察何者方適合於國家之目的，即可據以為決定之問題也。此種自由裁量，為公益上之適當裁量。(Ermessen der Zweckmissigkeit) 假令其裁量有所錯誤，亦不過屬於公益上不適當之行為而已，非違法行為也。法律問題者，則為命人民負擔義務，限制其權利，拘束其自由，或免除其義務，拒絕其免除，及設定特權等之問題也。關於法律

問題之自由裁量，非適合於公益與否之裁量，乃何者為法規所要求之裁量也。（*Ermessen der Rechtsmäßigkeit*）或人民負擔義務，限制權利，設定特權等，惟限於國法所認許者，方得為之，縱成文法規並無限定，而許行政權以自由裁量，此際行政機關，亦僅可對於各個事件，考察其何者為國法之所要求而決定之耳，倘其裁量錯誤，而命人民以不當負擔之義務，限制不當限制之權利，即為裁量權之誤用，（*Ermessensmissbrauch*）其違法與裁量權之超過同。

第三節 行政法

第一款 行政法之觀念

行政法為國內公法之一部，乃規定行政權之組織，並明示行政權主體之國家及公共團體，與其所屬人民之關係者也。

(一)行政法者，公法也。法有公法私法之分，猶之人類於法律生活上，有公生活與私生活之別。公法爲規定公生活之法，包括國家及公共團體法。私法爲規定私生活之法，包括個人法，及私團體法。

就公法與私法之區別言之，有謂前者屬於權力關係之法，而後者屬於平等關係之法者。然其說殊欠正確，姑無論公法中之國際公法，即屬於規定對等國家間之關係者，即國內公法，其間國家與人民之關係，或公共團體與其所屬人民之關係，亦不盡出於權力，決不能一律以權力者與服從者之關係目之。復有謂兩者之區別，在以公益私益爲標準者。其說亦非正當。公法中固有以保護私益爲目的者，如刑法之大部分，皆屬於保護個人之生命，自由，及財產而設。而民事訴訟法，則全爲保護私權之具。反是，私法之以公益爲目的者亦不少。如民法中關於公秩序之規定，勞動立法方

面之諸種法規，皆其例也。

公法私法之別，當由其所規律之客觀生活而定。蓋一爲關於國家公共團體及公共團體中之一員之人類生活者，一爲關於各個人及私團體之生活者，故也。就兩者之特色言之，則公法爲規律團體的共同生活者，故恆爲團體法。私法爲規律個人的生活者，故恆爲個人法。私團體爲一法人，其所受法律，與個人等。

國家法及公共團體法，雖爲公法，然國家及公共團體，仍不能全然不受私法規定之適用。國家或公共團體，以一法人資格，爲財產權之主體，對於財產關係，其與各個人間之關係相同。而立於同一之法律關係者不少。凡有同一之關係者。其主體無論其爲國家，或私人。當然受同一法規之支配。此際國家或公共團體，所受民法商法等私法之適用。與私人無異。

職是之故，公法私法之區別，決不能截然分清，而各立一原則。多數學者，雖各是其說，要不足遂爲定論。質言之，行政法固爲公法，然非與私法判然分離者也。

(二)行政法者，行政權之法也。自此點言之，則行政法一方面與憲法相區別，一方面與司法法相區別。

憲法爲國家之基礎法，以規定關於國家基本的之組織，及其作用之法則爲目的。其全體之中心的觀念爲國家。而行政法所論，爲行政權之組織，及行政權與人民之關係。其全體之中心的觀念爲行政權。憲法學研究國家之全體，行政法學則研究行政權之一部分。行政法之於憲法，如子之於母，其學則各論之於總論也。故研究行政法者，須先研究憲法，否則根本不固，枝幹無由而生。從是言之。則無憲法之國家，其行政法之基礎，亦

甚難確立，足以知兩者關係之重要矣。

行政法與司法法之區別，在一爲行政權之法。一爲司法權之法。司法者，除屬於私法者而外，舉凡關於司法權之組織及其作用之法皆屬之，司法法其總稱也。

(二)行政法可分爲行政組織法，及實質的行政法之二部。行政組織法者，以闡明行政權當由何種機關行使之爲目的者也。其中包含國家之行政組織，及公共團體之組織兩種。

實質的行政法者，關於行政權主體之國家及公共團體與其所屬人民之關係之法也。行政權主體之國家及公共團體，對於人民之法律關係，均同受法的規律，雖大致屬於公法關係，然自法律上之權利義務關係言之，蓋與私法關係略同，此爲最近行政法學上主張之傾向。實質的行政法，卽以

討論此等法律關係爲目的者也。

(四) 行政法又可分爲行政法總論，及行政法各論之二部。

行政法普通分爲行政法總論，及行政法各論。前者研究行政全部共通之法則。後者研究行政各部門之特別法則。

行政法總論之所論述，大別有三。

(甲) 公法關係及行政行爲通論

(乙) 一般的行政組織法

(丙) 行政訴訟法

行政法各論，既爲研究行政各部門之特別法則而作，故其範圍極廣汎，大體得分爲五部分論述之。卽：

(甲) 警察法

(乙) 保育法

(丙) 法政法

(丁) 財政法

(戊) 軍政法

第二款 行政法之法源

(一) 概說 行政法之法源者，行政法所由發生之根源之謂也。普通之學說，以法爲國家之命令，故其唯一之根源爲國家之意思。其說謬甚。蓋法之本質，乃人類社會生活行動有秩序之力，決非國家之命令。在社會生活上，其生活行動之所以有一定之秩序者，以社會中之一般人類。皆有遵守其秩序之意識故也。假令國家之命令，無一人遵守，行政機關，亦放任之而不顧，則其命令，等於空文，決無法之力也。法之所在，必有犯之者，

然其所以能成立爲法，則必具有實際上能爲社會生活秩序之力。而法之所以能具此力者，則必社會一般之人類，於其生活行動上，皆有守法之意識，即偶有犯之者，亦必自知其違犯爲不法之行動也。此種意識之發生，原因不一：或畏刑罰之制裁。或因多年之習慣。或模倣他人之行動。或本於社會的正義之思想。或因其爲國家之命令。姑不問其出於何種原因，第須其人有此意識，則法之力，即能由是而發生，吾人稱之爲社會之法律的意識，即社會生活上必須遵守其秩序之意識是也。法之所以能具有法之力者，其最深之根據，實爲社會之法律的意識。法源者，即指此種法律的意識所由發生之謂也。

行政法法源，大別之爲二種：

(甲)制定法

(乙)非制定法

(甲)制定法 國家或公共團體，依立法之手續所制定之法，爲制定法。而制定法能具有法之力者，畢竟由社會有服從國家及公共團體之意識所致。不因其爲立法者之意思，而遂能具有法之力也。彼當執行之任者，如行政機關，司法機關，亦必須嚴正執行之，以喚起社會之法律的意識，而維持之於不敝。倘行政機關，或司法機關，以與立法者之意思不同之解釋，適用法律；或全然棄而不用，則制定法將不依立法之程序，而漸致變更，甚至於全失其效力矣。

行政及司法機關，在憲法上雖無立法權，然當其執行法律之際，實際上可以左右法律，或補充法律之所不足，或第存其文字，而變更其實質，或作成除外例，或使法律全失效力，皆爲意中事也。由是言之，行政及司

法機關，亦可稱之爲事實上之立法者。因行政及司法機關，雖非制定法之立法者，然作成非制定法，在事實上，固屬可能也。

(乙)非制定法 非制定法者，不由立法之程序而成之法也。更細分之爲二：曰慣習法。曰條理法。

(A)慣習法 慣習法者，由事實上之慣習而成之法也。慣習法之所以有法之力者，其根據不在於立法者之承認，而在於事實之力。蓋事實本身，固有支配人心之力故也。慣習法復可分之爲三：即民衆的慣習法。行政先例法。及判例法是也。

(1)民衆的慣習法 民衆的慣習法者，由民衆間多年繼續所行之事實而發生法之力者也。

(2)行政先例法 行政先例法者，行政機關實際上之處理，作爲先例而

重視之，以致發生法之力者也。

(3) 判例法 判例法者，由裁判所之判決例，屢次相同之結果，而得社會之法的認識，以致發生法之力者也。

(B) 條理法 條理法者，本諸社會上之正義意識而成之法，亦為行政法法源之一。

條理法與制定法，同為獨立之法源。因行政法無包括之法典，不過因時制宜，隨時所制定之法律，故對於行政全部總則的規定，其制定法之缺陷甚多，而條理法在行政法中，遂占重要之位置。

(二) 制定法之為行政法之法源者，胥出於無數之法令。因行政法無法典，故難作包括的說明。就其種類之屬於行政法之法源者，彙集而分述之如左：

(A) 憲法

(B) 憲法施行前之法令

(C) 憲法施行後之法令

(D) 國際條約

(E) 公共團體之自治法規

(A) 憲法 因憲法爲規定行政之基礎原則者，其中關於行政權之組織及其作用之規定，卽爲行政法之法源。

(B) 憲法施行前之法令 憲法施行前所發布之法令，不問其名稱如何，苟非特經廢止，或與憲法不相衝突，而仍繼續有效者，皆爲行政法之法源。

(C) 憲法施行後之法令 可分之爲二：卽法律及命令是也。前者必須由

國會通過，然後始能成立。後者則逕由行政機關所發出者也。在憲法施行後之法令，皆爲行政法之法源。

(D) 國際條約 國際條約中，其內容與國內人民之權利義務有關係者，即具有國內法規之效力，故亦爲行政法之法源。例如關稅條約，通商航海條約，版權條約，萬國郵政條約，電信條約等是也。

(E) 地方團體之自治法規 於國家之制定法之外，地方自治團體，根據其自治權，亦得自行制定其地域內有效力之法規，即自治法規是也。但自治法規，不能與國家之制定法相牴觸。其有效之自治法規，皆爲行政法之法源。

第三款 行政法之法系

行政法之觀念，既如上述。則行政法之對於他法，自有其相當之地位

，與特殊的範圍。故無論其國有無行政法之名稱，均不能喪失其行政法之存在。因國家不能無行政，不能無法，則雖謂凡國家存在之處，即行政法存在之處，固無不可也。然各國之憲法，既不一致，則關於其行政，亦自有特殊之法。姑從學者普通之說，分爲三法系：

(I) 法法系。法蘭西國。對於行政法，與以獨立的地位。其目的在保護行政權。蓋三權分立之說，既發生於法國，而行政權與司法之衝突，復爲其歷史的大弊。故大革命後，即實行三權分立，力矯從來司法權壓迫行政權之弊。關於行政，別以特殊之法規定之。而對於行政上之爭訟，亦不令司法裁判所妄事干預，悉由獨立之行政裁判所決定之也。是有法法系之國家所採用之主義。

(2) 德法系。德意志國所採用之主義，與法蘭西國，微有不同。對於

行政法。雖與以獨立的地位，然其目的則在設立行政權之界限。蓋德國由諸侯大權 (Landesherrliches Hoheitsrecht) 時代，至警察國時代，其間國家之權力，往往爲君主所濫用，對於行政權，殆無限制之之法。降至近世，始入於法治國時代，即國家行使權力，亦須受法的支配，乃有所謂真正的行政法矣。故在採用德法系主義之國家，其行政法之獨立，意在加行政權以限制。

(3) 英法系。英吉利國，與法，德異。關於行政，不設特殊之法。蓋謂法爲一切社會共通之規則，一切之人，均須服從同一之法，一切之爭端，均須取決於裁判所，固無特爲行政設立特殊之法之必要也。故英國之行政法，實不過指一般法中之適用於行政者之總稱而已。學者中有謂英國無行政法者，蓋亦以此。然英國對於其行政機關之組織，及其作用，亦未嘗

無特別的規定，不過此處之所謂特別規定，僅指特別之適用而言，固無保護行政機關之特別權利之意也。因是，其關於行政上之爭訟，亦當然由通常之裁判所決定之，是爲英法系主義。

吾國以前，曾一度採用德制，實行行政裁判，與司法裁判之分離獨立。至國民政府成立後，官制大更，而行政法院，已歸屬於司法院，（見修正國民政府司法院組織法第一條）是行政裁判，亦屬於司法院之管轄範圍矣，（同第六條）

第四節 公法關係

第一款 公法關係之性質

行政法者，於論述行政組織之外，更以論究行政權主體之國家或地方團體與其所屬人民間之法律關係爲目的者也。人類之生活關係，其爲法律

所規律者，曰法律關係。法律既有公法私法之分，故其法律關係，亦有公法關係，與私法關係之別，質言之，則公法關係者，公生活上之法律關係也。私法關係者，私生活上之法律關係也。

公法關係，有國際法上之關係，與國內法上之關係之別。茲特就國內法上之關係言之，則有下列諸點：

- (一) 國家與人民之關係。
- (二) 國家與公共團體之關係。
- (三) 公共團體相互間之關係。
- (四) 公共團體與所屬人民之關係。
- (五) 私人相互間之關係。

茲分爲三項論之：

第一項 國家與人民之關係

國家與人民間之法律關係，原則上雖屬於公法關係，然國家亦非完全不受私法規定之適用也。國家有時爲財產權之主體，與人民發生單純的經濟上之關係時，亦當適用與私人相互之關係同一之法規。例如政府之購買物品，國有財產之投賣，國有地之租借，承辦建築公署，公署雇傭等。皆與私人間之關係相等，而適用同一之法規。其關係仍爲私法關係，而非公法關係也。至於在如何之限度，方可視國家與人民之關係，爲私法關係，則當視其立法之如何而定。

蓋國家與人民之關係，有時與私人間之關係相同，而受民法及其他私法規定之支配者，以其關係適合於由私法規定所規律之關係故也。私法規定所規律者，專在財產關係，至於親族法，繼承法，失蹤宣告等之規定，

性質上不能適用於國家者，當然不在此限。故國家與人民之關係，須服從私法規定者，惟屬於財產法上之關係也。但財產關係中，如課徵租稅之以權力行強制者，固與私法法規所規定之關係，不相適合。故財產關係，亦非全屬於私法關係。其由私法規定。所支配者，必其與私人間之關係相同，而由私人間之關係上，可以發生者也。換言之，即以由國家之私經濟的作用所發生財產上之關係爲限。(Otto Mayer) 在此種限度內，即國家與人民之關係，性質上亦與私人間之關係相同。夫以同樣之關係，受同一法規之支配，固爲國法上當然之原則。故民法及其他私法規定上，雖未聲明國家亦可適用云云，而其適用於國家，乃當然之理也。

國家服從私法規定之例，其最明瞭者，爲國家純在謀其財產上之利益起見，其直接之目的，並不在社會的公益，而由買賣，互易，贈與，貸借

，寄託等民法上所規定之手段，取得財產，或管理之，處分之，之行爲等皆是也。

國家與人民之關係，其屬於公法關係，而最明瞭者，莫逾於單由國家以權力行命令強制矣。例如執行裁判，科處刑罰，徵收租稅，行使警察權等，決不能由私人間之關係而發生，故其屬於公法關係，固無可疑也。所不能明瞭者，乃存於兩者中間之區域。就中如不以行使權力爲本質之公共事業（公企業）之經營，及供公用之土地物件（公物）之管理。一面屬於直接以公益爲目的之作用，勢不能與私經濟的作用，視同一律；而一面又屬於財產法上之關係，且非以權力行命令強制，似復與私人間之關係相同，在此等中間區域之國家作用，固有與私人間之關係相同，而受私法支配之傾向。然全然令其受私法規定之適用，則復慮其與公益上之目的，不相

適合，故在一定之程度內，須排除私法之適用，而以特別之公法規定支配之。換言之，則此等區域，爲公法與私法相混合之區域，故可稱之爲公法私法之中間區域。至其究以若何之程度，分屬之於公法，私法，則須因各種事實而定。其詳，當於各論中述之。

茲第就大體之標準言之，國家與人民之關係，倘屬於以經濟的價格之得喪，所有，管理，經濟的勞務之給付，及對於經濟上之損害賠償等，爲主眼之法律關係，假令國家爲其一方之當事者，苟法律無特別之規定，均當受私法規定之適用。若法律有特別之規定，或雖無特別之規定，而對於公益上之必要起見，不許其受私法規定之適用者，均當屬之於公法中也。

國家與人民之關係，當公法私法界限不明之際，其區別之標準，得用下列兩點定之：

第一，視其法律之規定，如指明屬於行政裁判管轄者，則爲公法關係。否則爲私法關係。又國家對於人民之金錢債權，而行強制徵收之手段者，亦爲公法關係。否則爲私法關係。

第二，視其關係之性質，是否屬於單純的經濟上之關係。并此種關係有無公益上特殊的理由。倘屬於單純的經濟關係，且對於公益上無特殊的理由者，則爲私法關係。否則除法律有特別規定者而外，大抵爲公法關係也。

第二項 公共團體與國家公共團體與其他公共團體及公共團體
與其所屬人民之關係

公共團體，爲立於國家之下，而與國家具有同一的目的者也。故其在法律上之地位，與國家相準。不過公共團體之得爲公法關係之主體者，係

由國家之承認而發生，故不能如國家之得以任意規定其孰爲公法關係，孰爲私法關係耳。

公共團體與國家之關係，公共團體相互間之關係，及公共團體與其所屬人民之關係，原則上均屬於公法關係。但在單純的私經濟上之關係，則公共團體與私法人所處之地位無殊，其關係仍爲私法的也。

第三項 私人相互間之關係

私人相互間之關係，原則上屬於私法關係。但國家依據法律之規定，得將國家的公權，授與私人。故此際之私人，遂成爲公權之主體，而與其他之私人間發生公法關係矣。例如船長航行中之警察權，諸種企業者之公用徵收權，是也。

此種私人間之公法關係，以國家之特別授權而發生，不僅對於國家有

效，即對於第三者之任何私人，均具有同樣的效力也。

第二款 一般統治關係與特別權力關係

公法關係，可分爲一般統治關係，與特別權力關係兩種，茲分述之於次：

(一) 一般統治關係 一般統治關係者，指國家居於一般統治權主體之地位，對於人民享有權利，負擔義務之謂也。國家對於領土內之人民，及領土外之本國僑民，在國法及國際法之範圍內，有包括的支配權。而根據此種支配權，及法令之規定，得享有各種之權利。自人民一方面言之，對於國家，亦得主張各種之權利。是即所謂一般統治關係也。

自國家方面言之，其(1)組織權，(2)警察權，(3)公企業特權，(4)法政權，(5)軍政權，(6)財政權，(7)刑罰權，均係由統治權而發

生之權利，是爲國家的公權。

自人民方面言之，其(1)自由權，(2)受益權，(3)參政權，均爲統治權所許容之權利，是爲國民的公權。

(二)特別權力關係 公法關係，除以上所論述者而外，尙有討論特別權力關係之必要。

特別權力關係者，(besondere Gewaltverhältnis)係對於一般統治關係之用語。由特別之法律原因，其當事者之一方，對於相對人，(即相手方)於一定之範圍內，有命令強制之權利，而相對人有服從其命令強制之義務，之二主體間之法律關係之謂也。

特別權力關係，亦有屬於公法，及屬於私法之區別。私法上之特別權力關係，例如親權者與子之關係，戶主與家族之關係是也。

其屬於公法上之特別權力關係，而成立於國家與人民之間者有六：

(1) 公法上之勤務關係。官吏，公吏，兵卒等，屬之。

(2) 營造物利用關係。國立，省立，縣立各學校之學生，感化院之入院者屬之。

(3) 因特許執行公務所發生之特別監督關係。公共團體，受公企業特許之企業者，及律師等，屬之。

(4) 特別之保護關係。受國家保護之營業屬之。

(5) 特別之監視關係。監獄中之囚徒屬之。

(6) 公共組合與社員之關係。公法上之社團法人所屬之社員屬之。

在此等特別權力關係上，國家並非臨之以一般統治權者之資格，或居於主人之地位，或居於營造物管理者之地位，或居於公務委託者之地位，

或居於保護者之地位，而行使其相當之權力耳。其權力恒以國家（或公共團體）與特定人間所設定之某種法律關係爲前提。

其關係之發生，或由合意，或依法律。

第一，由當事者之合意而發生者。例如任官，國立學校之入學許可是也。

第二，依據法律而發生者。例如律師，公共團體，感化院之入院者，囚徒是也。

其由合意而發生者之須得相對者之同意，固不待言。其根據法律，當然發生者，則其權力之根據及範圍，亦必須有法律之規定而後可。不得超過法定範圍，而行使其權力也。

第三款 公權之性質

公法關係，非權力服從之關係，乃權利義務之關係。存於公法關係上之權利，謂之公權。

一切權利，均係以自己之意思，謀自己之利益，對於他人，得主張某事，而為法律上認為正當者也。私權如是，公權亦如是。但公法為團體法，因此，性質上，公權與私權，有不同之兩點：

(一)私法為個人法，各個人原則上保有對等的地位，其享有之權利種類，亦復相同。公法為團體法，團體與其構成分子間之關係，非對等關係，國家對於人民，有一般的統治權，國家之權利，係根據其統治權而發生，是為國家的公權。國家的公權，具有強制支配的性質，而個人的公權，乃由國家之承認而發生，須受國家之保護，方能完成效果。故兩者雖同為公權，而性質則大異。

(二)個人法在原則上，各個人之利害相反。而團體法則團體與其構成分子間，恒有共通的利害關係。國家之利益，亦即人民之利益；而人民之利益，亦同時為國家之利益，非如私法關係上，權利者與義務者之利害相反也。

根據上述性質上之不同，公權在法律上，尚有左列之三種特性：

(一)個人的公權之保護。第一，在行政權之自制。國家或公共團體，當其行使行政權之際，須遵守法規，然後個人的公權，方能收實效。因法規之適用與解釋，其權操之國家，或公共團體，必須行政權自制，然後法規之正當解釋與適用可期也。第二，在行政訴願，及行政裁判之救濟。當行政權違法越權，侵害及個人的公權時，國家以行政訴願，及行政訴訟之制度救濟之。

(二)公權不得任意拋棄。因國家的公權，及個人的公權，均有共通的利益，倘令其得以任意拋棄，於國家與個人雙方俱屬不利，與立法之意旨亦不符也。

(三)公權不得移轉。國家的公權，不得移轉固矣。即個人的公權，亦不得讓渡他人，及爲承繼之目的物也。

關於公權之拋棄及移轉，如其內容係以金錢之給付爲目的，或其他有經濟的價格者，則爲例外。例如官吏之於俸給，議員之於歲費，則國家不強制其領受，是爲拋棄公權之例。又官吏或議員死亡後，其承繼人尙得請求國家給與其在任中未經領取之俸給或歲費，是爲移轉公權之例。

第四款 國家的公權之授與

國家根據其一般統治權，對於人民，得享有各種之權利。時或將其權

利，授與團體或個人，而令其成爲享國家的公權之主體。其最著之例，爲公共團體之自治權，及船長在船舶內之警察權。此外如將公用徵收權及公物使用權，授與各種之企業者，亦其例也。

國家的公權之授與，祇能依據法律。或有法律之根據，而依行政行爲行之。其權利原非一般人民所能享有者，僅限於國家依法授與之限度內，其團體或個人，方得成爲國家的公權之主體，而對於其他之人民間，發生公法關係也。

第五款 公法上之法律原因

(一)公法上之法律原因，指公法的效果之發生而言。詳言之，卽指成爲公法關係之發生，變更，及消滅之原因之法律事實，或法律事實之集合而言者也。

公法的效果，或有直接由法規發生，而無須特別行爲，使法規之效力實現者。例如具備法定要件者，當然有選舉權。爲國會議員者，於召集時，當然有領取歲費之權利。一般人民，當然有不違反警察禁止之義務，等是也。

(I) 法規不待特別行爲之媒介即直接發生效果者。然當其效果發生之際，須常有一定之事件，(自然界之事變或人事界之動作)或一定之狀態(人之生存，物之占有，或所有，居住於某處)之存在，而此等事件或狀態，即可爲其法律原因也。但因其法律原因之存在，而法律上即當然發生效果，不必更須特別行爲，方能使法規之效力發動，則爲其特色耳。茲特擇其稍重要者，分爲四種，論述如左。即

(甲)時效

(乙)除斥期間

(丙)事務管理及

(丁)不當得利是也

(甲)時效。時效不僅爲民法上之法律原因，並爲公法私法共通之觀念。公法上之權利義務，其受時效之適用者，以公法上之金錢債權爲最著。其消滅時效，以法律定之。

(乙)除斥期間。時效可依特定之事由中斷，而除斥期間則否，苟於法定期間，不行使權利，則其權利當然消滅。訴願，行政訴訟之除斥期間，均由法律定之。

(丙)事務管理。原則上以不受他人之委託，而管理他人之事務者，須用最適合於本人之利益之方法管理之，而其費用，則得請由本人償還也。

此種原則，在公法上亦可適用，而尤以公共團體之適用爲多。例如行旅病人之救護，可由所在地之公共團體辦理。而其費用，則可向義務者請求償還是也。

(丁)不當得利。不當得利之原則，亦非民法所特有，公法上亦有之。例如人民繳納租稅，超過定額，或誤納時，當然有請求退還之權利，薪俸旅費之受領過當者，當然有繳還之義務是也。

(2)要特別之法律的行爲者。大多數法規，對於特定人發生現實之效果時，須有特別之法律的行爲。而此種行爲，或屬於行政行爲，或屬於私人之公法的行爲，但其最主要者爲行政行爲，當於次節述之。

公法的效果，不盡由單一的法律行爲而成，亦有由連續多數之法律行爲而成者。就中由多數行爲之連續，而完成其單一的法律效果者，則總稱

其行爲之全體爲手續。例如行政訴訟手續，公用徵收手續是也。最近法令中，則稱爲某種程序。程序卽手續也。凡由集合多數之法律事實，而完成其特定之法律的效果者，自最初之法律事實之發生，以至最終之法律事實之發生之間，其法律的效果，常在不定狀態，故手續不完備者，其法律的效果，卽無由發生。

第五節 行政行爲

第一款 行政行爲之觀念

行政行爲 (act administrativ Verwaltungsakt) 者，以行於法規下之行政權之公的意思表示，或類於此種意思表示之精神作用爲要素，而發生某種法律的效果之謂也。

第一項 廣義的行政行爲

廣義的行政行爲，係指行政權一切之作用而言，殆與行政作用無異。在此種意義上，舉凡單純的事實上之行爲，（例如修築道路，建築學校，拘束泥醉者，撲殺狂犬，施行消毒方法皆是。）及民法上之法律行爲，（例如國有財產投賣，政府購買物品，行政官廳雇夫，發行國債等皆是。）苟係由行政機關所行之事，皆爲行政行爲也。

第二項 狹義的行政行爲

狹義的行政行爲，則除去事實上之行爲，及民法上之法律行爲，僅限於行政權之公法的行爲而已。在此種意義上之行政行爲，則不包含行政作用中之事實行爲，及民法上之法律行爲在內。

第三項 最狹義的行政行爲

最狹義的行政行爲，係指純粹由行政權之公的意思表示而成之行爲也

。在此種意義上之行政行爲，殆與民法上之法律行爲之觀念相當，故亦稱之爲公法上之法律行爲。

行政行爲一語，有上述三種意義，至於究以何種爲適當，此則單屬於學問上之便宜問題而已。吾人當採用第二種之意義，定行政行爲爲行政權之公法的行爲。

公法的行爲之觀念，當藉事實的行爲，及私法的行爲之比較，而闡明之。

事實的行爲者，完全不發生法律的效果之行爲，或雖發生法律的效果，而一繫於外界事實上之狀態，或事件者也。行政作用，恰與私人之生活行動相同，其大部分屬於事實的行爲。例如修築道路，修築港灣，國立學校授課，施行種痘，撲殺狂犬，施行消毒法之類，皆事實的行爲也。假令

此等事實的行爲，或發生法律的效果，然其效果，係由外界之變化而發生，與其行爲本身無關係，故其行爲爲本身，仍爲事實的行爲，而非法律的行爲也。

其次，則行政權之法律的行爲，不盡屬於公法的行爲，尙存有私法的行爲在內。如其行爲，非根據國家的公權之行動，而係立于與私人同樣的地位者，則其行爲者雖爲國家，仍當適用私法規定，而其行爲乃私法的行爲，而非公法的行爲也。例如海軍署因購煤與商人訂定契約，卽一種私法的行爲是也。

第二款 行政行爲之種類

行政行爲，從各種之觀察點，而有種種之分類：

(I) 職權行爲與申請行爲。 職權行爲，係由行使職權而生之行爲。申請

行爲，係因基於申請而行之行爲。

(2) 羈束的行政行爲與自由的行政行爲。前者不過爲按照法規所定，而如法執行之行爲。後者則在一定之範圍內，由行政權之自由裁量所行之行爲。

(3) 單純的行爲與有附款之行爲。以有無附款爲區別者也。

(4) 要式行爲與不要式行爲。以要一定之方式與否爲區別者也。

(5) 根據一般統治權之行爲與根據特別權力關係之行爲。前者爲對於一般人民之統治關係所發生者。後者則由特別權力關係而來者也。

(6) 債權的行爲與物權的行爲。其直接對人行使者，爲債權的行爲。關於物者，爲物權的行爲。

(7) 無效的行爲可取消的行爲確定行爲效力不定的行爲。則由其效力之

確定與否爲區別者也。

(8) 要領受之行爲與不要領受之行爲。對於行政行爲之意思表示，須相對人領受之後，方能發生效力者，爲要領受之行爲，否則爲不要領受之行爲。茲擇其重要者，論述於次。

第一項 法律行爲的行政行爲與準法律行爲的行政行爲

行政行爲，可先區別之爲與法律行爲相當者，及與法律行爲不相當者。

法律行爲之觀念，雖主屬於私法的行爲，然在公法區域中，亦可得同樣之觀念。其觀念之要點，不外以意思表示爲主要的構成要素，而其法律的效果，則由其意思表示之內容而定者也。意思表示者，對於一定之法律的效果之意思發表之謂。(效果意思)法律行爲之效果，非僅由當事者之

意思表示而發生，並須根據法規，故合法規與當事者之意思表示，始成爲發生效果之原因也。至於法規與當事者之意思表示，孰爲其效果發生之主因？則因法律行爲之種類而異。就中行政行爲與私法上之法律行爲，對於此點，大有差異。因私法上之行爲，以自由契約爲原則，故其效果發生之主因，得謂爲在當事者之意思表示。然而行政行爲則反是，因行政權之意思表示，不能不多少受法規之羈束，即許以自由裁量，其範圍亦有一定，故其效果發生之主因，與其謂在行政權之意思表示，無寧謂在法規。其最極端者，則行政權全然無自由裁量之餘地，不過僅能依法執行而已，所謂羈束的行政行爲者是也。例如關於徵收租稅，則其課稅物件，稅率，納稅額等，均由法律自行規定，行政行爲，不過依法執行而止，固毫無變通辦理之餘地也。然即就租稅言之，其行政行爲，乃命人民繳納租稅之意思表

示，而其效果，即由此表示而發生，非單由法規遂能發生效果也。要而言之，無論其爲羈束的，抑爲自由的行爲，凡屬於法律行爲的行政行爲，其效果發生之原因，爲行政權之意思表示，與法規相結合而致者也。

準法律行爲的行政行爲，(*rechthandlungsmässiger Verwaltungsakt*) 者，其效果之發生原因，不存於行政權之意思表示，僅由其精神的作用之表現，法律上即當然發生效果者也。其異於法律行爲者，以法律行爲，恆以效果意思爲要素，而由其意思之內容，即可定其效果。而準法律行爲，則無效果意思，其效果專賴法規而定。其重要之實例，當於第三款中述之。

第二項 行政處分契約及協定

與法律行爲相當之行政行爲，依其構成要素，更得區別之爲行政處分，公法上之契約，及公法之協定三種。

第一目 行政處分

單獨行爲之行政行爲，通常稱爲行政處分。(Verfügung)乃由行政權一方的意思表示而成立者也。在民法上之法律行爲，則契約爲其通常之形式，而在公法上之法律行爲，(國內公法上之法律行爲)則其大多數均爲行政權一方的行爲，卽行政處分是也。

第二目 公法上之契約

行政行爲，或以雙方當事者之意思表示，爲其成立之要素者，謂之曰行政契約，或公法上之契約。(Contract administratif. öffentlich-rechtlicher Vertrag)契約雖主屬於私法中之觀念，然非私法所特有者，乃公法，私法，國際公法等，共通的觀念也。當成立公法上之契約時，須雙方當事者，相對立於公權或公義務之主體的地位，由其雙方意思表示之合致，及其意

思之內容，而發生法律的效果者也。

公法上之契約，即在私人相互間，亦可成立，私人爲公權或公義務之主體，關於公權之行使，或公義務之履行，訂立契約時，即屬私人相互間成立之公法的契約也。例如由訴訟當事者之合意，而定第一審管轄法院之契約是也。（參看民事訴訟法第二十三條）此種契約，惟限於法律有特別之規定時，方能有效耳。但其成立，則全然無須行政權之意思表示，而專行於私人相互之間，故雖不得稱之爲行政行爲，然其契約，則爲專屬於公法上之法律關係者，其爲公法上之契約，毫無疑義也。

對於國家或公共團體與私人之間，得成立公法上之契約一事，學者中多有反對者。其說曰：契約之觀念，以當事者雙方之意思有對等之價值爲要件，而國家與人民之間，（或公共團體與私人之間）則無對等之意思，

故其所謂契約者，不過僅以相對人之同意而行之單獨行爲耳。(Otto Mayer, George Meyer, Zorn, Fleiner, Kormann 及日本之通說，均屬之。)然謂國家與人民之間，無對等之意思，實爲無理由之獨斷。蓋由以公法關係，恒爲權力關係之前提而來之謬說也。即在公法關係，國家對於人民，亦不必恒爲權力之主體。因國家之權力，恒爲國法所限制，其行使權力，要不能出於國法所認定之範圍。故國家僅於此種範圍內，得爲優強的權力主體，以一方的意思，命人民負擔義務，限制人民之權利，形成人民之法律關係耳。倘出此範圍之外，則國家卽不能以其一方的意思，侵害人民之自由，而其間之關係，已非復權力者與服從者之關係矣。公法上自由權之觀念，卽指人民在一定範圍內，有不須服從國家權力之地位爲前提者也。人民既有不服從國家權力之範圍，則其在此種範圍內，對於國家欲限制其權利

，或加之以義務，舍得其同意之外，其道末由。此際國家與人民，實立於對等之地位，故得以對等之意思，成立契約，乃事理之當然者也。烏能謂國家與人民間無對等之意思，故不得成立公法上之契約哉。

國家與人民間成立公法上的契約之實例。如歸化及官吏，其最普通者也。就歸化言之，國家固不能反乎其人之意思，而強令之爲本國人。就官吏言之，國家亦不能反乎其人之意思，而強之爲官吏。其得有效成立此等行爲者，以出於雙方之合意也。然則以雙方之合意所成立之公法的行爲，非公法上之契約而何！此外如議員或市長等之選舉及其承諾，國立學校之入學許可及志願，公企業之特許及呈請，指定歸國後服務年限及職務之外國留學之派遣及承諾等，皆是也。以上各例，均爲國家不能反乎相對人之意思，而以一方的命令行之者。然則反對說之不能成立也明矣。

但此等契約之成立，須具下述之要件：

(a) 雙方之意思表示，須有同一之內容。

(b) 其法律的效果，由此種意思表示之內容而定。

(c) 其法律的效果，須以雙方之合意，爲其發生之原因。

倘外形上似意思合一，而雙方意思表示之內容則異，或雙方之意思，各自發生獨立的法律的效果，或一方之意思，無法律上之關係，而其法律的效果，專由國家之意思而發生者，皆非契約也。故公法上之契約，與基於申請而來之行政處分之區別，卽由是而作。其由當事者之申請而來之國家單獨行爲，例如因提起訴願而行之裁決，因申請土地收用所與之決定，因呈請而行之警察許可，均不得以契約目之也。雙方之意思表示，或其內容全異，（例如訴願之提起與其裁決，土地收用之呈請與其裁決是。）或各自

發生獨立的效果，（例如警察許可與呈請。）則爲二個之單獨行爲而已，非契約也。

公法上之契約與私法上之契約之區別，其原則上有種種之差異，就中
最重要之異點有二：

(1) 私法上以自由契約 (Vertragfreiheit) 爲原則，而公法上則契約不自
由，唯得設定法規所認定之法律關係而已，不能以雙方之合意，任意設定
法律關係也。

蓋原則上，私法爲任意法，故當事者表示反對之意思時，則從其意思
。反是，公法爲強行法，除法令有特別規定之外，不許爲反對之意思
表示者也。

(2) 公法上之契約，多爲帶有服從契約 (Subjektions Vertrag) 之性質者。

服從契約者，設定特別之權力關係之契約也。在私法上之契約，其當事者雙方所爲給付及反對給付之內容，通常均由契約而一定；但在公法上之契約，則多數爲當事者約定在一定之範圍內，服從國家權力，而依之設定特別之權力關係，其給付及反對給付，通常根據於國家之特別權力，僅以一方的意思定之。例如任命官吏，國立學校入學，其須合意者，惟在就職或入學耳。至於官吏之職務如何？薪俸如何？學生之授業鐘數若干？學費若干？均由國家一方的意思而定者也。

主張公法上之契約說者，在公法學者中，殆居多數。如 Jellinek La-band L. Öning Stengel, Rehm, 美濃部，佐佐木，副島義一，坂千秋，末松偕一郎等。均屬之。

第三目 公法上之協定

公法上之協定，(Vereinbarung, Gesamttakt) 者，因共同的目的，由多數當事者之意思表示結合，而發生法律的效果之單一的公法的行爲也。

在國內法上之例，如二以上之公共團體由協議而成立之合夥事業。在國際法上之例，如國際聯盟規約是也。其與契約不同之點，在契約之雙方當事者，一方享權利，則他方負義務，其利害乃相反的。但在協定，則其多數之當事者，因公共的目的，表示同一的意思，其利害完全一致，乃共同的，並行的也。

公法上之協定，亦有稱之爲公法上之合同行爲。或協合的行政行爲者。因其具有二以上之意思表示之平行的，合致之特色，故最近行政法學上，恒於行政處分，及行政契約之外，別爲一類述之。

第三款 行政行爲之內容

第一項 概說

由內容上，可分行政行爲，爲許多種類。

第一可分之爲法律行爲的行政行爲，及準法律行爲的行政行爲，已見前述。更將法律行爲的行政行爲，分爲獨立的行政行爲，及補充的代理的行政行爲。獨立的行政行爲者，其行爲本身，能獨立的發生法律上之效果者也。補充的代理的行政行爲者，其行爲可以補充他人之意思，而令完成效力；或代他人爲意思表示，而其效力仍歸屬於他人者也。

獨立的行政行爲，更可分爲命令的行爲，及形成的行爲兩種。前者爲實現命令的規律之行政行爲。後者則爲形成法律的能力之行政行爲。

茲爲便於閱覽起見，將由內容上所分行政行爲之種類，列表如左：

行政行爲

法律行爲的
行政行爲

準法律行爲
的行政行爲

獨立的行政行爲

補充的代理的行政行爲

確 認 行 爲

公 證 行 爲

通 知 行 爲

受 理 行 爲

命令的行
政行爲

形成的行
政行爲

認 可

公法上之
代理

下 命 行 爲

許 可 免 除 及 拒 絕

設 權 及 剝 權 行 爲

債 權 及 物 權 行 爲

第二項 命令的行政行爲

命令的行政行爲者，一切關於命人民負擔義務或免除其義務之行政行爲也。

第一目 下命行爲

下命者，(Befehl gebor, verbod) 權力者對於服從其權力者，命以特定之作爲，不作爲，給付，或忍受之行爲也。下命行爲，恒以權力關係之存在爲前提。有基因於一般統治關係者，有基因於特別權力關係者。(例如對於官吏之職務命令，對於軍人之軍令。) 其屬於一般統治關係者，更可分为警察下命，財政下命，軍政下命，公企業負擔等。但此等下命，均須以有法規之規定爲限。其效果在令受命者負擔由其下命之義務，對於不履行其義務者，得依法律之規定，用行政上強制執行之手段，強其履行，

又定有罰則時，得行處罰。

第二目 許可，免除，及拒絕行爲

許可者，(Erlaubnis) 一般禁止之特定作爲，對於特定人，或特定事件，而解除其禁止，使得適法爲之之行政行爲也。許可行爲，以有保留許可之一般禁止(Verbot mit Erlaubnis)爲前提，法令對於特定之作爲，而規定須得官廳之許可者，一面含有一般禁止其作爲之意；一面含有附與官廳以對於某種事情得以解除其禁止之權限之意。即保留許可，而一般禁止之者也。換言之，即對於不受許可而爲其作爲者，乃在一般禁止之列者也。但此種禁止，非絕對的禁止，在某種情事之下，得以解除其禁止而許可之，即解除其禁止之行政行爲也。許可之效果，在回復受許可者適法爲其作爲之自由。許可非設定何等之權利，單爲免除其義務而已。(例如營業許可

，非附與營業權，乃解除營業之禁止，狩獵許可，非設定狩獵權，乃回復狩獵之自由耳。）許可可以禁止爲前提，以有權力關係爲限。因所根據之權力之種類，分爲警察許可，（例如營業許可，建築許可，開演許可，狩獵許可等是也。）軍政許可，（例如軍港內之船舶入港許可，要塞地帶內之建築許可是。）基因於特別權力關係之許可（例如官吏就有報酬之業務。須得長官之許可是。）等。就中最重要者，爲警察許可，當於各論中論之。

與許可之性質相同者，尙有免除行爲。免除者，對於一般命以作爲，給付，或忍受之義務者，在特定之情事，得免除之之行爲也。其與許可相區別者，許可爲免除不作爲義務之行爲，而免除則爲免除作爲，給付，或忍受義務之行爲也。免除租稅，免除種痘，大赦，特赦，假釋等，皆是也。

許可及免除，類由呈請行之。其對於呈請而表示拒絕之行爲，亦爲行政行爲之一種。拒絕者，表示對於現在之法律態度，尙無加以變更之意思者也。其效果爲消極的，故亦有稱之爲消極的行政行爲者。但對於違法的或不當的拒絕，亦得提起行政訴訟或訴願也。

第三項 形成的行政行爲

形成的行政行爲者，關於一切設定，變更，或消滅某種法律的能力之行政行爲也。法律的能力，包含權利能力，行爲能力，包括的法律關係等。此種行政行爲，亦係對於呈請行之。

因此種行政行爲，乃設定法律的能力，或變更消滅之，故得分之爲設定權行爲，及剝權行爲，又直接對人發生效果之債權的行爲，及對物發生效果之物權的行爲四種。

第一目 設權行爲

設權行爲 (Konstrutive akte) 者，爲特定人設定能力或權利，或國家與特定人間，設定新法律關係之行爲也。其共通之點，在附與新法律上之力。設權行爲，法律亦有稱之爲許可者。(例如歸化許可，鑛業漁業之許可。)然與前述之許可行爲，性質大異。蓋許可云者，乃指免除其義務，單在回復其自然的自由，并非新與以權利，其所生之效果，乃法律上，所許容之力，(rechtliches Dürfen) 非法律上所附與之力。(rechtliches Können) 而設權行爲，則非回復其自然的自由，乃與以爲自然所無之法律上之力者也。其所生之效果，非法律上所許容之力，乃法律上所附與之力也。

由設權行爲所附與法律上之力，可分爲(1)能力附與行爲，(2)權利

設定行爲，(3)法律關係設定行爲之三種。今分述之如下。

(1)能力附與行爲。例如因刑罰之結果，而喪失其權利能力之一部者，得由行政權命其復權是也。

(2)權利設定行爲。例如公法上授與榮譽權之行爲，設定公物特定使用權之行爲，土地收用法上認定公益事業之行爲等，是也。

(3)法律關係設定行爲。例如歸化，任官，選舉議員，公企業之特許等，皆是也。

此外尚有屬於設權行爲之一種者，如變更既定的權利或法律關係之行爲是也。例如已經核准鑛區之變更，調任，擴張已經特許之公企業之範圍等，皆是也。此等行爲，雖非全然從新設定者，然變更其既存之關係，在變更之限度內，即屬於設定新關係之行爲，故與設權行爲，具有同一之性

質也。

第二目 剝權行爲

剝權行爲，與設權行爲，正相反對。乃令特定人喪失其能力，權利，之全部或一部，或消滅國家與特定人間之法律關係之一部或全部之行爲也。可分之爲三：

(1) 喪失其能力之行爲。例如解散法人之行爲，停止公民權之行爲，命官吏休職之行爲等，皆是也。

(2) 消滅其權利之行爲。例如褫奪勳位，勳章，取消公物使用權之特許，取消特許權等，皆是也。

(3) 消滅法律關係之行爲。例如免官，脫離國籍，取消公企業之特許，消滅營造物之利用關係（如學校除名）等，皆是也。

第三目 物權的行爲

物權的行爲之特色，在其法律的效果，乃直接關於物而發生者也。物權的行爲中重要的事例，如水利局查定河川區域之行爲，森林法查定國有林境界之行爲，將私有森林編入保安林之行爲，指定要塞地帶之行爲，土地收用之裁決，耕地整理行爲，沒收行爲等，均是也。此等行爲，對於人固亦發生效果，然其直接發生者，乃物上之效果，而人之所以受其效果者，祇限於在其特定物之所有者或占有者之地位者而已。然法律的效果，當然隨其所有，占有之移轉而移轉也。

第四目 債權的行爲

債權的行爲者，其行政行爲之效果，以人爲主眼，乃對於特定之人而發生者也。

第四項 補充的及代理的行政行爲

兩者俱爲由行政行爲令他人發生法律的行爲之效力者也。在補充的行政行爲，其目的在完成他人法律行爲之效力。在代理的行政行爲，則其目的在以行政權之意思表示，代他人辦理某事，而其效果，仍直接歸屬於他人者也。認可屬於前者。公法上之代理屬於後者。

第一目 認可（同意行爲）

認可行爲（*Genehmigung*）者，對於當事者之法律行爲，非得國家之同意，則不能有效成立者，而與以同意，使完成其效力之行爲也。例如法人設立之許可，法人規條之認可是。此等行政行爲，多有稱爲許可者。然與前述之許可行爲，性質不同，許可乃禁止之解除，其效果在回復自然的自由。認可乃對於法律行爲之同意，其效果在補充完成法律行爲之效力。

許可常對於事實的行爲，今其得適法爲其行爲。而認可則常對於法律行爲，使得有效爲其行爲也。要許可之行爲，若不受許可，而逕爲之，則其行爲違法，或成爲處罰之原因，但不生有效無效之問題。而要認可之行爲，若不受認可，而逕爲之，則其行爲，不過不能有效成立耳，非違法也。

第二目 公法上之代理行爲

公法上之代理行爲者，行政權之機關，代他人爲意思表示，而令其意思表示之效力，直接歸屬於他人之行爲也。代理之觀念，公法與私法相同，亦當分爲法定代理及授權代理兩種。國家代他人爲代理行爲，所代者主爲公共團體，受公企業特許者，及其他在國家特別監督之下者，蓋與法定代理相當者也。例如監督官署代公共團體制定條例，或代市長村長執行其

事務是也。但以有法律之規定者爲限。

時或將此種代理行爲，與認可行爲，相混合者。如修正認可，及選擇認可。是也。

修正認可者，對於當事者之呈請，加以修正，然後與以認可之行爲之謂也。通常認可權，除法律有特別規定之外，並無修正權。故對於當事者之呈請，祇有認可或不認可兩途耳。然法律若規定有此項修正權，則其同意行爲，非單純的同意行爲，實帶有代理行爲之性質矣。

選擇認可者，對於當事者數個之呈請，選擇其一，與以認可之行爲之謂也。此亦含有代理行爲之性質。

第五項 準法律行爲的行政行爲

準法律行爲的行政行爲者，不以效果意思之表示，爲其行爲之構成要

素；而以觀念表示，判斷表示，感情表示，及其他精神作用之發現，爲成立行政行爲之性質者也。其特點有二：（1）由其行爲發生如何之效果。專以法律之規定爲準，不能依行政權意思之內容定之。（2）不得附以條件，或其他之附款。

屬於此種準法律行爲的行政行爲，其重要者凡四：（1）確認。（2）公證。（3）通知。（4）受理。今分述之於後。

第一目 確認行爲

確認行爲（*Direct acte*）者，以確認特定之法律事實，或法律關係之存否爲目的之行爲也。非效果意思之表示，乃判斷表示。通常於爲行政行爲之先，首須確認其行爲之前提要件之法律事實，或法律關係之存在與否？而以確認之結果，爲公的宣言。例如就選舉言之，確認投票之效力，或

選舉人名簿之效力，當選人之決定，高等文官考試之合格不合格之決定，補償金額之決定，發明之審查決定，度量衡之檢定等，皆屬之。

確認行爲之直接的效果，爲其被確認之事實或法律關係，因而發生確定的公法上之效力。至於其附隨而生之效果，則依法律之規定而不同也。

第二目 公證行爲

公證行爲 (Verkindungskate) 者，以證明特定之法律事實或法律關係之存在爲目的之行爲也。公證其事實之存在，使一般人知之，而釋其疑。非意思表示，乃認識之表示。例如戶籍簿，選舉人名簿，不動產登記簿，商業登記簿，法人登記簿，公的會議之議事錄等，皆是也，此外尙有繳納房捐警費之收據，旅行券之類，皆屬之。其直接之效果，爲發生公的證據

力。至於由其證據力所得之效果，則當視法律之規定如何而定。

公證行爲，不過僅爲既存事實之一種證明，並無確定的效力，倘發見真實的反證，則得推翻之也。

第三目 通知行爲

通知行爲者，對於特定人，多數不定之人，或一般公衆，將某事使之聞知之行爲也。並非與以證據力，單在使之聞知其事。此則與公證相區別者也。例如法令條約之公布等，則爲行政行爲發生完成的效力之一種要素。此外如歸化之公告，土地徵收法上事業認定之佈告，執行罰或代執行之豫告等，則發生獨立的效果者也。

第四目 受理行爲

受理行爲者，領受他人之意思表示之行爲也。以上所述之各種行政行

爲，皆爲行政權之主動的行爲。惟受理行爲乃行政權之受動的行爲也。如各種之呈報，訴願書，訴狀，請願書，條陳等之受理是也。由受理行爲所發生之效果，亦不一致。例如訴願書及訴狀之受理，則發生審理，裁決，判決之拘束力。各種呈報之受理，則發生完成其法律手續之效力。而請願書，條陳之受理，則並不能發生拘束受理者之效力是也。

第四款 行政行爲之附款

行政行爲，有單純的行政行爲，與有附款的行政行爲之分。行政行爲之附款，（*Nebenbestimmung*）者，因限制行政行爲之效果起見，附加行政權之意思表示於行政行爲之內容之謂也。行政行爲之附款，僅可適用於法律行爲的行政行爲。何則，因附款本爲依據行政權之意思表示，而限制行政行爲之效果者。其效果當然以行政權之意思表示爲前提故也。

行政行爲之附款，可分爲五種：（一）條件。（二）期限。（三）負擔。（四）取消權之保留。（五）法律的效果之一部的除外是也。

第一項 有條件的行政行爲

有條件的行政行爲者，其條件與民法上之法律行爲之條件相同。其行政行爲之效果，一繫於行政權之意思表示所指定之不定的將來之事實之成否者也。在爲其條件之事實成否未定之間，其行政行爲之效果，尙在不定狀態。逮其條件成就時，（卽條件事實之實現）則行政行爲，完全發生效果；（停止條件）或其效果當然歸於消滅。（解除條件）但其條件，須爲基因於行政權之意思表示者。若係法定條件，（*Conditiojuris*）則不屬於此。○（因法定條件，乃法律上當然附加之條件，非由行政權之意思表示而來者。例如警察犯卽決處分，以請求正式裁判，爲法律上之解除條件是也

有條件的行政行爲，其例甚少。通常所稱爲有條件的行政行爲者，大抵皆屬於後述之有負擔的行政行爲。因有條件的行爲，於條件事實成否未定之間，其效果亦在不定狀態，(Schwebende Zustand)而在公法上之關係，殊不宜令不定狀態發生，故其實例甚少也。

有條件的行政行爲，亦非絕無其例，茲試舉一二例以明之。停止條件的行政行爲。例如以『明日若晴朗』之條件，許可屋外集會。或以『畢業成績若係最優等』之條件，派遣出洋留學之類，是也。

解除條件的行政行爲。例如以『若三個月之內不興工則當然失其效力』之條件，特許建築鐵路是也。

行政行爲，得附加條件者，除法令有特別規定之外，則其行爲，以屬

於行政權自由裁量之範圍者爲限。若附加於行政行爲之條件，爲法律上所不許者，則其條件無效，其主行爲仍有效。

第二項 有期限的行政行爲

有期限的行政行爲，其例亦不多。表面上，雖似附加之期限，然實際上，則爲法定期限者，固不少也。真屬於有期限的行政行爲，須爲不依法規所規定，而由行政權之意思表示，附加始期或終期於行政行爲之效果，或其執行者也。其附加始期者。例如命以某月某日，須施行家屋之清潔方法是也。其附加終期者。例如以若干年爲限，與以營業之許可，或公企業之特許是也。得附加期限者，亦以自由的行政行爲爲限。倘附以不法之期限，則與無期限同。

第三項 有負擔的行政行爲

有負擔的行政行爲，附隨於主行政行爲，乃對於受其行政行爲之效力者，命以特別的義務之行爲也。有負擔的行政行爲，其例甚夥，普通所稱爲有條件的行政行爲，多屬於此。但其義務，若係直接由法規所發生，不由行政權之意思表示而來者，則爲法定負擔，非真爲有負擔的行政行爲也。負擔與條件不同之處，在前者則行政行爲之效力，不在不定狀態，完全可以發生效果，不過與其行爲相關聯，而命以特別之義務耳。假令不履行其義務，亦不似解除條件之當然失其效力，須由取消，始得喪失其效力也。有負擔的行政行爲之實例，可於許可行爲，及設權行爲見之。例如開演許可，當許可時，同時對於其開演時間，脚本等，加以限制。當許可建築時，同時限制其建築之樣式。其他對於公企業之特許，公物使用權之特許等，以特許命令書，命以各種之負擔，均是也。此種附款，亦以行政權有

自由裁量權之場合爲限。

第四項 取消權之保留

取消權之保留者，假定於某種情事，則有取消之之權利，而附加其保留取消權之意思表示於行政行爲者也。其主要之實例，與負擔同。可於許可行爲，及設權行爲見之。或聯繫於負擔，宣言若不履行其義務時，則取消之。或與負擔無關係，而獨立保留取消權。若係由法律限定取消之條件者，則不得另爲取消權之保留。

第五項 法律的效果之一部的除外

法律的效果之一部的除外者，附加於行政行爲，而表示令法規通常附與其行爲之效果之一部分不發生之意思之謂也。例如命官吏出差，但不給旅費。或任命官吏，一般本爲有俸給者，但附以無俸之附款，均是也。此

種款附，係對於特定之情事，將法規之適用除外者，故非有法規特別之許可，當然不得任意行之。

第五款 行政行爲之效力

行政行爲之效力，可分爲三種：即（1）拘束力。（2）確定力。（3）執行力是也。以下當分項述之。

第一項 行政行爲之拘束力

凡有效成立之行政行爲，一面有拘束受其效果之相對人之力；他面有拘束國家本身（或公共團體本身）之力。

（A）行政行爲對於相對人之拘束力。就行政行爲對於相對人所受之拘束力言之，行政行爲，在對於特定之相對人行之者，僅對於其特定人發生效果，而不及其承繼人爲原則。唯所設定之權利義務，爲可以移轉於承

繼人者；（例如物上負擔之設定）或其行爲之主眼，不在人，而在物，或營業，及其他之外部的事情者，（例如車體船舶等之檢查）則其效果，得移轉於承繼人耳。行政行爲，係對於多數不定之人，或一般公衆者，則從其行爲之內容，對於其效果所能及之一切的人，均發生拘束力。

（B）行政行爲對於國家本身之拘束力。舉凡有效成立之行政行爲，則一切之國家機關，均須承認其爲有效之行爲，不得否認其效果也。行政行爲，雖亦得取消之，然其取消，僅以有取消權之行政官署爲限，非經取消後，則其行政行爲，縱令有法律上之瑕疵，苟非全然無效之行爲，則仍當受其拘束。

第二項 行政行爲之確定力

行政行爲之確定力，（*Rechts Kraft*）亦稱爲既判力，其觀念主由裁判

判決而發達者，即一經判決之後，不許加以變更之力之謂也。

通常分之爲形式的確定力。與實質的確定力。

(A)形式的確定力者，對於其行爲，已不許用上訴手段爭之之力也。此種意義之形式的確定力，在行政行爲亦有之。有由行政行爲成立之始，即不許用上訴手段者。(例如申述異議，訴願，行政訴訟)有限定一定之期間，許其上訴，倘經過其期間，則不許上訴者。則其行政行爲之形式的確定力，即由此而發生。

(B)實質的確定力者。一旦既經決定之事件，即爲最終之決定，對於同一之事件，不許再審理之之謂也。此種意義之實質的確定力，在行政行爲，僅屬於例外而已。原則上得因情形之變更，或官廳意見之變更，取消或變更其行爲也。

第三項 行政行爲之執行力

行政行爲之內容，如係命人民負擔某種義務者，倘相對人不履行其義務時，即以強制的實力行之，是爲行政行爲之執行力。行政行爲，亦其形式的確定力尚未發生之前，均得執行之。至於在提起上訴期間，是否須停止其執行，則依法律定之。

第六節 行政行爲之無效

行政行爲之無效者，行政行爲，在形式上，雖然存在，然因其欠缺該行政行爲之有效要件，故完全不能發生行政行爲之效力者也。

凡在此種狀態中之行政行爲，自其法律上之效力言之，與完全無此種行政行爲相同。無論何人，均可不受其拘束。即不待其取消，在其他之行政官署及司法官署，均可以獨立的見解，否認其效力。倘此種無效的行政

行爲，係對於人民，命其負擔義務者，則受命之人，亦不必服從其命令。卽令因違抗命令，而發生刑事問題，則刑事法院，亦儘可以獨立的見解，決定其行政行爲爲無效，而對於抗命之人，判爲無罪也。反是，若以無效的行政行爲，賦與權利，則其權利，亦不能成立，倘發生侵權之訴訟，則民事法院，亦得以獨立的見解，決定其權利爲無效，而不予以法律上之保障及救濟也。

無效的行政行爲，不得依追認或時效，而成爲有效的行政行爲。行政訴訟法或行政訴訟法上所規定之起訴期間之限制，對於此種無效的行政行爲，亦完全不適用。蓋不能因法定期間之經過，而令無效的行政行爲，竟成爲有效的行政行爲也。

以上所述，爲國家機關及一般人民，對於無效的行政行爲，所應守之

原則，及對於無效的行政行爲，所應取之態度。然無效的行政行爲，一經實現，則在形式上，恒被認爲有效的行政行爲。故自原則上言之，雖不待取消，而其效力，亦不能存在，但爲免除流弊起見，對於此種無效的行政行爲，仍以明白的形式取消之爲妥當也。不過此種取消，並非使有效的行政行爲喪失效力，乃對於本來無效的行政行爲，從而確認其無效，並爲公的宣言，以昭示於衆人而已。

第七節 行政行爲無效之原因

如何之行政行爲，方爲無效？在行政法上，頗爲費解之問題。茲從公法的法律行爲之觀點出發，則一般有效的行政行爲，須具備下列五種要件：

(一) 正當的權限。

(二)明確的意思。

(三)可能的確定的內容。

(四)必要的形式。

(五)法定的手續。(法定程序)

故從權限，意思，內容，形式，及手續，各方面論究之，則何為無效之行政行為，大致可得其概略。以下特分款敘述之。

第一款 基因於無權限之無效

行政行為。須由有正當的組織及權限之行政機關，在其權限內所行之行為，方能發生法律上之效力。倘欠缺此種要件，則其行為無效。以下分為三項說明之。

第一項 權限外之行為

一切行政機關，均有一定之權限，在其權限之內，方得爲代表國家之行政行爲，凡權限外之行爲，皆屬無效，此際其行爲乃係一私人之行爲，絕非有效的國家行爲也。

(1) 逸出職務範圍外之行爲。如以稅關而賦予營業許可，國立學校而向人民徵收租稅，皆係逸出職務範圍外之行爲，當然無效是也。

(2) 對於權力所不能管轄者之行爲。如對於國立大學教授，施行官吏之懲戒處分，向外國公使，徵收所得稅，均爲對於權力所不及之人，而執行不合法之行政行爲，當然無效是也。

(3) 逸出管轄區域外之行爲。原則上亦因其無權限。其行爲無效。例如乙地之警察官署許可甲地之集會，甲地之收稅官署，賦課乙地之地租，皆屬無效是也。

第二項 非正當組織之行政機關之行爲

其發生問題者，主屬於合議機關。例如出席者不足法定人數，或將法律上應受除斥者，如入決議，湊足法定人數，或未得過半數之決議，或要招集，而不行招集，即便開會等，皆不得謂之爲有效的決議。故其行爲，原則上認爲當然無效。

第三項 須他機關之同意而未得同意之行爲

凡法律規定國家對於人民之關係，須由二以上機關之同意而成立者，倘不得他機關之同意，而逕行之，則其行爲無效。例如公共團體制定條例，須得監督官署之認可者，倘不受其認可，而逕爲之，則全然無效。市長不經由市民議會之議決，即擅自增加市稅，亦屬無效是也。

第二款 基因於欠缺意思之無效

行政行爲，以行政權者之效果意思爲要素，故行爲者之意思能力，必須健全。倘係官吏在精神喪失之狀態中所爲之行爲，當然無效。又因受不能抵抗而爲之行爲，亦屬於全無意思之行爲，其無效，與喪失精神同。

第三款 基因於欠缺內容之無效

第一項 法律上不能之行爲

法律上之不能者，法律上不能發生之事也。法律上之不能，大致得分爲四種論之：

(1) 令法律上不能成立之權利義務或法律關係發生。例如行政官署許可任何人爲犯罪行爲。或命下級官吏爲法律所絕對禁止之義務。對於已經成立採礦權之同一礦區，同種之礦物，而更賦與他人以採礦權。皆是也。

(2) 令法律上不存在之權利消滅或免除義務。例如對於虛無之土地，

爲土地徵收之裁決。或取消已經消滅之礦業許可是也。免除不存在之義務。例如對於無納稅義務之人而行免稅是也。

(3) 對於無權利能力者，而與以權利，對於無義務能力者，而命以義務。例如對於公權被剝奪之人，任命之爲官吏。對於十二歲以下之小兒，課處刑罰。對於無土地之人，賦課地租。皆是也。

(4) 對於公法上之不融通物所行之行政行爲。在私法上不得爲法律行爲之目的物者，謂之不融通物。在公法上之公物，亦具有此種性質。凡公物在未經廢止公用以前，均屬於公法上之不融通物。故行政行爲，如以公物爲法律行爲之目的物，其行爲當然無效。例如以國立大學校地，爲公用徵收之目的。因欠納租稅，以義務者之勳章年金，爲強制執行之目的物。則其行政行爲，當然無效是也。

第二項 內容不確定之行爲

行政行爲之內容，與民法上之法律行爲相同，均須具有一定之意義，且其事項爲確定者，若命以某事，許可某事，付與某種權利，剝奪某種權利等，之不確定之行爲，則爲無一定之內容者，其效果即無由發生，當然無效也。例如因徵收土地，當國家認可其事業時，倘不指定起業者，及其事業，當爲徵收土地之裁決時，而不指定其土地何在，價格幾何，及徵收之日期，當行警察犯之即決處分時，而不指定其犯罪行爲，及刑期，或金額等。均爲內容不確定之行爲，當然無效也。

第四款 基於欠缺形式之無效

行政行爲，如欠缺其法定之形式，即爲無效。例如法律規定，須用書面者，而用口頭陳述，法律規定必須署名者，而缺署名是也。行政行爲，

爲對於特定之相對人行之者，則以其受領爲必要。倘其表示，未達於相對人時，亦爲無效。又對於無特定之相對人，但必令受其效果者，明白知悉，而未採用適當之通告方法者，或法律因欲其知悉，特規定一定之方法，而未採用其方法者，則其行爲，皆屬無效也。

第五款 基因於欠缺手續之無效

行政行爲，倘法律指定須經過一定之手續，方得成立者，則其手續，乃行政行爲之成立要件，此際如欠缺其法定之手續，則其行政行爲無效。例如法律規定關於地方自治團體之廢置，分合，或變更境界，須先徵詢各主體之意見者，倘不徵詢其意見，而逕行之，則其行政行爲無效。又如關於裁決土地之徵收，倘未經過該地有關係人之協議，而逕行之，亦爲無效。又製成選舉人名簿之後，不經過法定期間之公開閱覽，則其選舉人名簿

亦無效是也。

第八節 行政行爲之取消

行政行爲之取消者，指一旦已經有效成立之行政行爲，其後另以一種行政行爲令其喪失效力之謂也。行政行爲，一旦有效成立之後，則國家及人民兩方面，均當受其拘束，非另以一種行政行爲取消之，則其拘束力未喪失，其效力仍存在。對於違法越權及違反公益之行政行爲，法規上恒承認取消權之行使。不過對於其取消權之行使，仍有相當的限制耳。茲分爲三款述之。

第一款 得自由取消之行政行爲

得自由取消之行政行爲，單限於使人民負擔義務，及剝奪或限制其權利之行爲而已。因此種行政行爲之取消，毫不致損害人民之利益，故其行

爲，若有取消之原因，儘可由有取消權之官署，隨時自由取消之也。例如因妨害公安，禁止出版物之發賣，及其妨害公安之原因既去，當然得隨時解除其禁止。又如因修理道路，在工事進行中，禁止通行，及修理完畢，當然得自由解除其禁止是也。

第二款 須有特別的理由方得取消之行政行爲

一旦有效成立之行政行爲，倘因取消，而令人民喪失權利，或受其他之不利益時，則取消權之行使，應以法規所指定者爲限，不得任意取消之也。例如醫師許可，鑛業許可，發明特許等之取消，均須依據法規行之是也。

第三款 有確定力之行爲

有確定力之行爲云者，恰與裁判判決相同，一旦經其確定之後，即可

適用一事不再理之原則，除特別之例外而外，假令其行爲有法律上之瑕疵，而對於同一事件，亦不許再行審查之行爲之謂也。有確定力之行政行爲，例如行政裁判之判決，訴願之裁決，土地收用之裁決，特許官署之審定等，皆是也。

然此種行爲，亦非絕對不許取消者，如對於裁判所之確定判決，法律特限於有重大之理由時，認爲得依再審而變更之是也。在行政行爲亦然，如有同樣之事情，修理上當然得行再審。雖關於行政行爲之再審，法律上無特別之規定，然可由關於民事訴訟法之規定，類推適用之。如對於手續上有重大的欠缺，或其行政行爲，由賄賂，僞證，欺詐，及其他犯罪行爲而成者，當然得取消之也。

第四款 有取消權之官署

行政行爲之取消，惟有取消權之官署，方得行之，由有取消權之官署所行之取消，可區分爲二：

(I) 依職權而行之取消。乃不待申請，由官署自動的取消之之謂也。

有此種取消權者，爲爲其行爲之官署自身。及其上級官署。因爲其行政行爲之官署，既有爲其行爲之權，當然亦有審查其行爲之權。故除不許取消之行爲而外，當然得自行取消之也。若居於監督地位之上級官署之取消權，則大致皆有明文規定。如各部部长，及地方長官，對於在其監督下之下級官署之行爲，認爲違背法令，妨害公益，侵越權限時，得取消之是也。其他即在無特別明文之規定者，凡屬上級官署，亦皆對於其下級官署有取消權。何則，因此種取消權，即由其監督權之作用，而當然發生者故也。

(但對於有確定力之行爲，則不在此限。)

(2) 依申請而行之取消。依提出異議，訴願，或行政訴訟而行之取消也。此種取消，惟以法令所特別許容者為限。其有此種取消權者，為裁決其異議，或訴願之官署，及行政裁判所，當依法律之規定行之。

第五款 取消之效果

取消之效果，自理論上言之，須溯及既往。何則，以行政行為之取消，與其廢止不同，其行為實有法律上之瑕疵故也。換言之，則其行政行為，在成立之初，即有瑕疵，在法律上。最初即為不能成立者，當然不可使之發生效果也。故行政行為，若因事前之違法，越權等原因而被取消，則當適用溯及既往之原則，令其自最初即為無效。然取消之效果，溯及既往之原則，亦難用嚴格的解釋。因可取消之行為，與無效的行為不同，在未取消之前，固屬已經有效成立者，而國家之行為，一旦既經有效決定其法

律關係之後，則當事者自應依其決定而行動。假令其行爲因有法律上之瑕疵，而被取消，然因其取消，而溯及既往，致毀損當事者之利益，則是因其行政行爲之有瑕疵，而並基因於該行政行爲以爲行動之當事者之行動，而亦不法視之，似於條理不合，故行政行爲取消之效果，亦不能無界限也。

約言之，則行政行爲之取消，原則上，雖當令其行爲自最初以至取消，皆屬無效。然在取消前，基因於其行爲所完成之效果，則不得溯及既往，而令當事者受不利益。倘須毀損當事者之利益。則原則上，當以不溯既往爲是。例如議員之選舉，因選舉訴訟，或當選訴訟之結果，雖被判決爲無效，然在判決確定之前，當選者仍可有效享有議員之資格，即其爲議員時之決議，亦不失其效力，其已領之歲費，旅費，亦無須繳還是也。又如狩獵許可，雖被取消，然在取消前之狩獵，仍不失爲適法行爲，固萬無溯

及既往，視其取消前之狩獵，亦爲違法行爲，而加以處罰之理也。反是，若因取消之故，當事者得受利益者，則當從一般之原則，溯及既往。例如取消賦課租稅時，當然須將已納之金額，悉數退還是也。

行政行爲，若因事後所發生之原因而取消者，則與上述者大異，蓋名爲取消，實則廢止。故其效果僅可令此種行爲，向後不發生效力，不能溯及既往，而令其在未經廢止以前之效力喪失也。

第九節 行政上之強制執行

第一款 概說

行政上之強制執行者，國家對於人民不履行其公法上之義務時，以強力令其履行義務，或實現與履行義務相同之狀態，所行之行政權作用也。一切之行政行爲，不必皆有執行之必要，往往有某種行政行爲，其性

質上，於其行爲自身，已完全發生效果，更無須再事執行者也。如許可，免除，設權，確認，公證等之行爲，皆屬之。有強制執行之必要者，惟以其行政行爲係對於相對人命以負擔作爲，不作爲，給付，或忍受之義務者爲限。換言之，則強制執行之必要，主由下命行爲而發生。在其他之剝權行爲，令其將剝權之結果物引渡時，亦有強制執行之必要。凡在此等行爲，若義務者不履行其義務時，則不得不用強制力。使履行其義務，或實現法律所要求之狀態，故強制執行之必要，遂由是而發生。

強制執行之必要，不限於行政行爲，即對於直接由法令所命之義務，亦有此種必要也。法令多屬於抽象的法則，通常欲令現實之義務發生，均以行政行爲，使之實現。此際於行強制執行之前，首須以行政行爲，命以現實之義務，俟其不履行義務時，方可執行之。然間有由法令直接命以現

實之義務，倘義務者不履行其義務，即不待行政行爲之仲介，而發生強制執行者。

在民法上之法律關係，則義務者，如不履行其義務時，爲強制其義務者起見，僅得依民事訴訟，請求裁判上之強制執行而已，法律不許權利者，以自力行強制也。在行政上之法律關係，則與之相反，無須訴之於裁判所，得以行政權自行強制也。是謂行政上之強制執行。乃對於行政上之義務不履行，以行政權強制其履行，或以強力實現其所命之狀態也。

行政上之強制執行手段，得大別之爲對於人的作爲，不作爲，或忍受之義務，所用之強制執行手段。與對於金錢給付義務所用之強制執行手段。

前者以對於警察義務之強制執行，爲其典型，其手段有三，即代執行

，執行罰，及直接強制是也。雖主適用於警察義務，然對於其他行政上之義務，亦可適用。

後者以對於納稅義務之強制執行，爲其典型，然於國稅以外，各種公法上之收入，亦多準用之，故亦稱之爲行政上之強制徵收。

第二款 代執行

代執行 (Zwangsvornahme) 者，對於他人可以代其作爲之義務所用之強制手段，卽由官廳自爲義務者所當爲之作爲，或令第三者爲之，而由義務者徵收其費用之謂也。

代執行爲強制執行手段中，最直接有效者，且最易於實行者也。然得以實行者，惟限於作爲之義務，且須帶有代替性者而後可。若屬於不作爲之義務，或非本人，則不能爲之之作爲義務時，固無從施以代執行也。得

以實行代執行之最重要者，爲變更某種外界之物質的狀態。例如破壞違法的建築物。除去妨害交通之物件。命家屋施行清潔方法。改善不完全的設備等皆是也。

代執行之手續，分爲三段，今按其次序，列述如左：

第一，預告。在行代執行之前，官廳須先定一相當之履行期間，而以文書預告其義務者。義務者倘不於其期間內，履行義務，然後方施行代執行。此種預告，非命以新義務之下命行爲，乃對於已經成立之義務，催促其履行之通知行爲。但法律對於有急迫之情事者，得不行預告，卽刻執行之，此種不行預告之代執行，稱之爲卽時代執行。

第二，代執行。在預告所定期間內，如義務者不履行其義務時，或因急迫之情事，無暇爲預告時，官廳卽代義務者履行其作爲，或令第三者

履行之是也。此際或命自己之屬吏爲之，或於官廳之指揮監督之下，依民法上之雇傭，或承攬契約等，令他人爲之，亦可。當執行時，義務者須忍受之，負有不可抵抗之義務，倘不忍受而行抵抗，則官廳得以實力強制其忍受也。

第三，徵收費用。因代執行所生之一切費用，均包含在內。如人夫之工資，材料，及其他之代價，對於第三者所當支給之損害賠償等，是也。其金額由行代執行之官廳之決定而確認之。決定之後，官廳即得依照後述行政上強制徵收之手段，強制義務者而徵收之。

第三款 執行罰

執行罰（強制罰 *Exekutivstrafe*, *Zwangstrafe*）者，以強制行政上義務之履行爲目的，若不履行其義務時，即豫告以所課之罰，而對於違反義務者

行之者也。執行罰同屬於國權對於不法行爲所課之罰之一種，然因爲純然的強制執行手段，故得與刑罰相區別。執行罰非如刑罰之對於不法行爲實現後，始加以制裁，乃防止不法行爲將來之繼續者也。其與刑罰外形上相區別之特色，爲在執行之先，以豫行戒告爲前提。因刑罰恒由法現所規定，有該當刑罰之所爲時，卽課以豫定之罰。而執行罰，則非由法規所豫定，惟以行政處分，對於各個事件，豫行戒告之，爲處罰之要件而已。自其目的言之：第一在依其戒告，加以心理上之壓迫，欲使其因之而履行其義務。第二，在依其處罰，對於將來之違反，防止其繼續。故其目的恒不出于強制執行之外。因執行罰與刑罰，其性質之不同如此，故法律明白與刑罰相區別，而不適用刑法總則，及刑事訴訟法之規定。其課罰之手續，并其適用之原則，全然由別種之法規定之也。

課執行罰時，以豫行戒告，爲必不可缺之條件。法律對於代執行，以急迫之情事爲限，許其不爲豫告，得以行之。而對於執行罰，則不認此種例外，無論如何，均不許不先行戒告，即逕行處罰也。戒告者，以文書豫定履行義務之一定期間，及不遵行時，所課過怠金之金額，豫先通知其義務者之謂也。

執行罰因係專爲強制執行而設，與刑罰之對於一定之不法行爲，須課以一定之罰者不同，其處罰與否，一視在強制執行上有無必要爲準。而認定之權，則屬於官廳之自由裁量。故義務者縱不遵由其行政處分，而官廳亦無必須施行執行罰戒告之責任。即戒告之後，亦不必定依戒告而行處罰也。其不課罰之原因，或因強制執行之必要，已經消滅，或強制之目的，已經消滅，則不必因戒告條件之全成，而處罰之也。例如官廳對於已經經

過戒告所定之期間，但於未實行處罰之前，義務者已履行其義務時，則強制之目的已達，不必更行處罰矣。非如刑罰之對於不法行為之必須課以一定之刑也。

執行罰第二之手續，爲罰之宣告。於已經過戒告所定之期間後，官署欲實行處罰，則將戒告範圍內之罰決定，而通告之於義務者，此種處罰，限於金錢罰。

一旦課以執行罰之後，倘義務違反之狀態，仍然繼續，則官廳得更行處罰之戒告。第二次之戒告，或於第一次處罰時，同時行之，或於日後行之，均可。要以達到強制之目的爲止，不達目的，則得反履行之，無次數之限制也。

得課執行罰之要件有二：

第一要件。爲其所欲強制之義務，乃不作爲之義務，忍受之義務，或非本人自爲之，則不能達其目的之作爲之義務。

若係有代替性之義務，則須用代執行，不許用執行罰也。

第二要件。爲其義務之違反，在他種法規上，別無處罰之規定者。若他種法規，對於特定之義務違反者，設有處罰之專條，則當依法規所規定者行之。故其他之罰，不能與執行罰同時並用。

第四款 直接強制

直接強制者，(*Unmittelbarer Zwang*) 對於義務者之身體或財產，加以實力，直接使其所命之狀態實現之謂也。與執行罰之藉戒告，或課罰，使之起恐怖心，而收間接強執其遵由之效者不同，直接強執，與代執行，均爲直接使法規或行政行爲所要求之狀態發生者也。例如河川上之障礙

物，足以發生航行上之危險，而杜絕水路之交通者，官廳得命其所有者自行除去之，不聽，則代爲除去之，而向其徵收一切之費用，是爲代執行。倘出於急迫必要，而其障碍物，又爲一時所不能除去者，則逕由官廳用爆發物粉碎之，則屬於直接強執是也。

實行直接強執時，須依左之原則：

(1) 用他種強執手段不能達其目的時。直接強制，惟限於不作爲之義務，忍受之義務，或非本人自爲，則不能達其目的之作爲義務，方得實行。若係他人可以代替之作爲義務，則恒可依代執行之手段，以達強執之目的，固不得濫用此種職權，侵害人民之自由或財產也。

(2) 事機急迫時。如因天災地變，非急行執止，則危害及於個人或公眾者，將愈增大，爲應急計，固不得不許以直接強執行之。蓋當危害當前

，事機迫切之際，決無從容戒告之餘暇故也。

直接強執之目的，通常在使義務違反之狀態，爲之消滅。例如封閉違法營業者之營業場所，以遮斷顧客之出入。對於不應召喚之命者，以強力拘致之。對於違法集會，不遵解散之命者，以強力解散之。對於欲入交通遮斷之區域者，以強力制止之。皆是也。直接強制，與代執行不同，不得由義務者徵收費用。

(3) 非金錢給付義務。如係金錢給付義務，則須適用強制徵收之規定。

第五款 行政上之強制徵收

人民對於國家所負擔之財產上之給付義務，其性質上，有屬於私法上之債務者，有屬於公法上之給付義務者。

其屬於私法上之債務者，苟不履行債務時，則除法規有特別之規定而外，純與私人間之債務關係相同，債權者雖為國家，亦惟有提起民事訴訟，以民事訴訟法上之強制執行，為強制之手段，不屬於行政上強制執行之範圍也。

其屬於公法上之給付義務者，則無論其依法令，或行政處分，苟其義務，一旦確定，則同時即具有執行力。其有此種徵收權限之官廳，固不須民事法庭之判決，當然可以強制執行也。是謂行政上之強制徵收。

行政上之強制徵收，因法律對於公法上之給付義務，並無共通之規定，頗難為概括的說明。其最普通者，為對於欠納國稅者之強制徵收。其他惟依據法律之規定，方得行之。

第十節 行政上之損害賠償及損失補償

第一款 概說

因行政權之作用，而令人民受財產上之損失，且其責任不在人民，而在行政權之主體者，則根據正義之原則，國家或公共團體，當然須負損害賠償，或損失補償之責任。其償金之性質，在法律上有兩種區別：即一為民法上之損害賠償。一為公法上之損失補償。

第二款 基因於行政上之不法行為之損害賠償

行政上之不法行為者，官吏，公務員，及其他居於國家或公法人機關之地位者，當執行其職務時，因故意或過失，而侵害及他人之權利之行為也。由此種不法行為所發生之損害賠償責任，須區別為行為者個人的責任。與國家或公法人之責任兩種。

第一項 行為者個人的責任

官吏，公務員，及其他居於國家或公法人機關之地位者，對於其職務上之行爲，因故意或過失，而違反法規，侵害他人之權利時，則須由個人自負其責任。其詳，當於官吏法中論述之。

第二項 國家或公法人之責任

因行政上之不法行爲而發生之國家或公法人之賠償責任，須區別爲左列之三點論之：

(一) 純然爲公權力之作用。當然不能適用民法損害賠償之規定。除有特別規定之外，國家或公法人，不因公權力之作用，而任賠償之責。對於此點，近時文明各國立法之趨勢，漸次有承認國家及公法人負賠償責任之傾向。或以法律規定對於一般官吏公務員因職務上之行爲，侵害人民之自由或財產，而其結果證明錯誤者。則須由國家或公法人負責。或依裁判

例，認定同樣之原則。蓋國家以使用主之資格，對於其使用人之行爲，當然須負責任，固事理之當然者也。

(二)非權力的作用之經濟的活動。除有特別規定者而外，國家或公法人，對於其官吏公務員等，因執行其事業，而加第三者以損害時，須任賠償之責。關於純然的營利事業，自無議論之必要。即主屬於公益之事業，例如修築道路，浚濬河川，築造港灣，開鑿運河，建設學校，修理官署等事業，亦屬於非權力的作用之經濟的活動也。此等事業，不問其目的在營利，抑在公益，均爲經濟的意義上所謂生產財貨之事業。其因此等事業之施行，而不法加他人以損害時，關係損害賠償之問題，自無與私人之事業相區別之理由，當同受民法之適用。其賠償責任，由國家或公法人負之。

(三) 國家或公法人所管理之土地，因其工作物之設置，或保存上，有瑕疵，致損害他人之權利者，國家或公法人，以其占有者，或所有者之資格，須依民法，負賠償之責任。例如因火藥庫之爆發，學校校舍之崩塌，道路之危險預防裝置之不完全，市營自來水水管之破裂，而令他人受損害時，均可適用民法上損害賠償之規定是也。

第三款 公法上之損失補償

公法上之損失補償者，依適法之行政行為，而令人民之財產上，受特別之犧牲，為償其犧牲，所與之金錢給付之謂也。

凡立憲國之國法，均一面保障人民財產權之不可侵，他面復認因公益上之必要，於不得已時，得侵害人民之財產權，唯此種侵害，以有法律上之根據為限，而且須給被侵害者以完全的補償耳。其最著者，為公用徵收

中之土地收用，對於所收用土地之價格，及其他因收用而生之一切損失，均須補償之也。此外如因實行鐵路國有政策，而收買民營鐵路。因電氣工事，河川工事等，而侵入他人之所有地。因防疫，而撲殺家畜，焚燒民房。爲防風，防水患，而編入保安林等。一方因公益上之必要，認爲得加私人之財產上以侵害；而他方則命補償其所受之損失，皆其例也。

此等補償，與基因於不法行爲之損害賠償，全異其性質。因其權利之侵害，乃適法之行爲，第因對於特定之私人財產上，加以特別的犧牲，故補償之耳。此際民法上之規定，全然不能適用，因其權利之侵害，既認爲適法，而以公法規定爲根據，則其補償，亦係根據於公法之規定故也。故特稱之曰公法上之損失補償，以與民法上之損害賠償相區別。

此等適法的侵害權利之行爲，多根據法律，而以行政行爲行之。其侵

害者爲國家，則由國家負補償義務。其侵害者爲公法人，則由公法人負補償義務。爲國家所特許經營公益事業之私人，則由彼負補償之義務。要之，其補償義務，均由爲侵害行爲者負之，其性質固無不同也。

適法的侵害權利之行爲，與不法行爲異，其補償義務，僅以有法律之規定者爲限；其補償金額，通常由當事者間之協議定之。協議不合，則由行政官署決定。如再不服，則當依據法律之規定，或提起行政訴訟或民事訴訟，或請求主管部院之裁決，或要求鑑定人加以鑑定，以爲最後的決定也。

第二章 行政組織

第一節 行政組織概說

行政權除由國家之行政機關行使之而外，公共團體，亦爲行政權主體

之一。故關於行政組織，亦以劃分國家之行政組織，及公共團體之組織爲便。而國家之行政組織，復可分爲最高行政組織，及一般行政組織，以下當爲分款述之。

第一款 最高行政機關

最高行政機關之組織，當依憲法而定。在近代各國憲法上所採用者，有單一制，合議制，及責任內閣制之別。

第一項 單一制

單一制，亦稱總統制。係指行政權集中於行政首長者而言。其閣員對於總統負責任，而總統則對於代表人民之立法機關負責任。

第二項 合議制

合議制，亦稱委員制。係指行政權由二以上之人所構成之團體共同行

使者而言。其構成分子，在法律上，立於平等的地位，其權限亦相同。不過在形式上，由其中之一人爲之領袖，對內爲此種合議體開會時之主席，及對外爲儀式上之代表耳。故政治上之責任，當由合議體之全體分子共同負之。

第三項 責任內閣制

責任內閣制，亦稱議會內閣制，或政黨內閣制，採用此種制度之國家，其行政首長，不親政權。內閣恒由議會中有勢力之政黨，交替組織之。故內閣卽爲其國之最高行政機關，而直接對於代表人民之立法機關負責任。

第二欸 一般行政機關

最高行政機關之組織，必須根據憲法，方能有效成立。因其爲一國行

政權之所從出，故原則上，行政權應由最高行政機關行使之。但屬於行政權之作用，至爲廣泛複雜，萬難概由最高行政機關，一一爲之處理，故於最高行政機關之外，必須更有一般行政機關，以分任各部分之行政事務。關於一般行政機關之組織，除依憲法及法律所規定者而外，通常由最高行政機關，以官制定之。

第三款 行政機關之種類

行政機關，依其權能之不同，得分爲下列各種：

(一) 行政官署。行政官署者，立於最高行政機關之下，依法得決定行政行爲之意思，而有處理之之權能者也。

(二) 諮詢機關。諮詢機關者，以對於最高行政機關，或行政官署，陳述意見爲任務者也。此種諮詢機關之組織，以合議制爲原則。其決議不

能直接發生行政行爲之效力，僅得供最高行政機關，及一般行政機關行政上之參考而已。

(三) 監察機關。監察機關者，以檢查行政事務，及會計事務，而監視之爲任務者也。

(四) 企業機關。企業機關，亦稱營造物。以管理國營事業，及經營其事業爲任務者也。

(五) 補助機關。補助機關者，隸屬於行政官署之下，而補助其處理事務者也。

(六) 執行機關。執行機關者，秉承行政官署之命，以直接執行行政行爲爲任務者也。

第四款 行政官署之權限

行政官署，有依法決定行政行為之意思，而處理之之權能。故其意思，在法律上，認為有效的國家意思。然此種意思表示，在法律上自有一定之範圍。此種範圍，即稱為行政官署之權限。(Kompetenz)

行政官署之權限，大別之為四種：

(一)事務的權限。事務的權限，(Sachliche Kompetenz)係因主管事務之性質，而定其範圍者。亦稱為實質的權限。

(二)地域的權限。地域的權限。(Ortliche Kompetenz)係因管轄區域，而定其範圍者。其權力所能及之地域，謂之管轄區域，或行政區劃。

(三)對人的權限。對人的權限，(Personliche Kompetenz)係以其權力所能及之人為範圍者。例如國立大學校長，其對人之權限，僅限於職員及學生。軍隊之司令官，其對人之權限，僅限於軍人是也。

(四)形式的權限。形式的權限，(Formell Kompetenz)係依其行爲之形式，而定其範圍者。例如土地徵收審查委員會，僅有依其議定，作成議定書之權限，而無發布命令之權限是也。

行政官署之權限，在法律上之效果有二：

(一)積極的效果。行政官署，於其權限內所行之法律的行爲，具有國家行爲之效力。若係事實的行爲，則作爲個人之行爲論，不能生法律上之效力。

(二)消極的效果。行政官署，於其權限外所行之一切行爲，俱不發生國家行爲之效力。

第五款 行政官署之代理及事務委任

行政官署之權限，原則上，須由其本身行之；但依法得令代理者代行

其權限。此際代理者以其權限所行之法律的行爲，與原官署所行者，發生法律上同等的效力。

行政官署之代理，有授權代理，及法定代理之別。

(一) 授權代理。行政官署，依法得將其一部分之權限，授與其補助機關，而其代理行爲所發生之效果，則直接歸屬於授權之官署者也。

(二) 法定代理。法定代理，與授權代理不同。其代理權係直接根據法律而發生者。其由代理行爲所生之責任，完全由代理者負之。

行政官署之事務委任，與上述之代理不同，係依法將屬於自己權限內一部分之事務，移屬於另一行政官署，而受委任者，於其被委任之範圍內，即視爲自己之權限而處理之，並非以代理者之資格行之者也。其受事務委任者，通常爲下級行政官署。

第六款 行政官署之監督

行政官署，或直隸於最高行政機關，或隸屬於上級之行政官署，要不能不立於被監督之地位，而保持一定之系統，以謀行政上之統一。

上級行政官署，對於下級行政官署，施行監督權之範圍，因其種類，及事務之性質而異。通常應具有下列之權能：

(一) 監視權。上級行政官署，對於下級行政官署，因監視其執行職務，得隨時徵求報告，或派遣官吏，直接檢閱其事務上之實際狀態。是為監視權。

(二) 命令權。上級行政官署，對於下級行政官署，立於指揮者之地位，故得隨時發布一般的或特別的命令。是為命令權。

命令權之形式有二：其一為訓令。其二為指令。

(a) 訓令。上級行政官署，依其職權，對於下級行政官署所行之一般的或特別的指揮命令，曰訓令，訓令乃上級行政官署，依其職權而行之者，故不待下級官署之請求，而一出於上級行政官署之單獨意思，此其與指令之所以不同也。所謂一般的者，係對於一般的下級行政官署而言。所謂特別的者，係對於特定之下級官署，就特定之事務，所行之指揮命令之意。

(b) 指令。上級行政官署，因下級行政官署之請求，對於特定事項，所行之指揮命令，曰指令。指令非待下級行政官署之請求，不能由上級行政官署自動行之。下級行政官署之請求，包含請示與陳請兩種。請示者，下級行政官署，就其職務上之事件，請求上級行政官署，指示其處理之方針，或關於法令之解釋之謂。陳請者，下級行政官署，於其權限內之事

務，依法須經上級行政官署核准，方得行之，故請求其核准之謂。

(三) 取消權。上級行政官署，對於下級行政官署，立於糾正者之地位，如認下級行政官署所發之命令或行政行為爲違法，則有取消之或停止之之權。是爲取消權。吾國近日法令中，關於取消一語，均代以撤銷字樣。

停止爲一時的失效。取消則爲永久的失效。關於取消權之行使，已見前述。

第七款 行政機關之構成分子

當國家行政機關之任者，通常雖爲行政官吏，但不以行政官吏爲限。此外有對於特定之行政事務，而受公法上之委任者。有依據民法上之契約，爲國家服務者。有加入民衆的分子，從人民中選舉而來者。故依其法律

上之地位，得分爲下列之四種：

(一) 行政官吏。是爲國家行政機關中，最普通之構成分子，當另爲一節述之。

(二) 受特定事務之委任者。例如各種隨時選任之委員，僅指定擔任某種特定之事務，而不受官吏法之適用者屬之。

(三) 依據民法上之契約而擔任一定之職務者。其職務純然爲學術的，技能的，或機械的，而並無所謂職權者屬之。如國立大學教授講師，行政官署之雇員。

(四) 由國民選舉而擔任法律上一定之職務者。

第八款 委任行政

國家之行政，除由行政機關任之而外，尙得對於法人或個人，以一部

分之行政事務相委任，而令其代國家行之者，是爲委任行政。

委任行政，得分爲下列三種：

(一)公共團體之委任事務。公共團體，自有其固有的目的，而爲一種行政權獨立的主體。然於其本身目的之外，國家得依法委任以一部分之行政事務，卽所謂公共團體之委任事務者是也。其詳，當於論述公共團體時見之。

(二)私法人之委任事務。例如國家以國庫金之出納事務，(經收關稅，鹽稅。經付中央各種公債券本息。)委任中國銀行代行之是也。

(三)一私人之委任事務。例如國家委任商船之各船長，代行船舶內之警察事務，戶籍事務之類是也。

第二節 現行官制之大略

第一款 中央官制之沿革

吾國自辛亥革命，民國成立以來，官制屢有變更。就中央官制言，則民元，曾根據臨時約法，採用責任內閣制。而有國務院，國務總理，及各部總長等，之最高行政機關。共劃分爲外交，內務，財政，陸軍，海軍，司法，教育，農林，工商，交通，等十部。民二，裁農林工商兩部，而新設農商部。大總統袁世凱，以臨時約法之束縛過嚴，不便於己。始則向國會提出修改臨時約法，增加大總統權限之要求，繼之以干涉制憲，迫害議員，解散國會之謬舉。至民三，卒以私意廢止臨時約法。公布約法。至是，遂由責任內閣制，而一變爲總統制。以政事堂代國務院，以國務卿贊襄大總統，廢止國務總理之名稱。中央官制，一時大變。其後袁氏由終身大總統，更進而爲洪憲皇帝，授勳頒爵，爲所欲爲，已無官制之可言，民五

，袁氏死，黎元洪就大總統職，恢復臨時約法，召集國會，中央官制，一仍民三以前之舊。民六，黎氏復違法解散國會，而復辟難作。黎氏去後，繼任大總統者爲馮國璋。竟未召集國會，而國會議員，乃紛然南下。自民六之夏，至民十一之夏，因護法而發生長期間之國內戰爭。民七廣州之非常國會，曾制定中華民國聯合政府組織大綱，以國會選出之政務總裁七人，組織政務會議，共同決定最高行政事務，是爲吾國採用合議制之始。

民十一，黎氏復職，而國會亦再見恢復。然始則有民六民八資格問題之爭，繼之有增設憲法會議出席費之索取，擾攘數月，一事無成。逮民十二，以延長任期，賄選曹錕爲總統，益增國民對於議員之反感。故羣稱民十二所制定之憲法爲賄選憲法，而由該憲法所產生之行政組織，亦未嘗收一日之實效。厥後北有臨時執政制，攝閣制，大元帥制之遞嬗，南有國民

政府之組織。然其組織法。亦屢經改變。至國民政府，建都南京，統一全國以來，而吾國乃完全入於黨治矣。

第二欸 現行中央官制

黨治下國民政府之現行中央官制，係依據民國十七年十月中國國民黨中央執行委員會所議決之中華民國國民政府組織法而成立者。其組織較過去任何時期爲龐大而複雜。且各院部之組織法，其後亦屢加修正。故欲從學術上加以明瞭正確的敘述，頗感困難。茲特摘記其概略如次。

(一)國民政府之組織與職權 國民政府以行政，立法，司法，考試，監察等五院組織之，爲總攬治權之最高機關。設主席委員一人，委員十二人至十六人。由以此等委員之合議體處理國務。其各院之院長及副院長，由各委員分任之。

(二)五院之組織與職權 五權分立主義，爲國民黨從來之主張，故現制亦劃分爲行政，立法，司法，考試，監察之五院。而以各院分掌行政，立法，司法，考試，監察之權。

(A)行政院 行政院爲國民政府最高行政機關。而以各部，分掌行政職權，以各種委員會，分掌各種特定之行政事務。該院之院務會議，有議決法律，預算，大赦，宣戰，媾和，條約，及其他重要國際事項之提案權。及薦任以上行政官吏之任免權。行政院以左列九部三會組織之。

(1)內政部

(2)外交部

(3)軍政部

(4)海軍部

行政法 大綱

行政法大綱

一四八

(5) 財政部

(6) 實業部

(7) 教育部

(8) 交通部

(9) 鐵道部

(10) 蒙藏委員會

(11) 勞工委員會

(12) 禁煙委員會

(B) 立法院 立法院爲國民政府之最高立法機關。有議決法律案，預算案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案，及其他重要國際事項之職權。設委員四十九人至九十九人，由該院院長提請國民政府任命之。任期二年。

。分任下列四種委員會之委員。

(1) 法制委員會

(2) 外交委員會

(3) 財政委員會

(4) 經濟委員會

(C) 司法院 司法院爲國民政府最高司法機關。掌理司法審判，官吏懲戒，及行政審判之職權。關於特赦，減刑，及復權事項，則由該院院長提請國民政府核准行之。該院之組織，含有下列之兩院一部一會。

(1) 最高法院

(2) 行政法院

(3) 司法行政部

行政法大綱

(4) 官吏懲戒委員會

(D) 考試院 考試院爲國民政府最高考試機關。掌理一切公務員之考選銓叙事宜。其組織含有下列之一會一部。其委員及部長，均由該院院長提請國民政府任命之。

(I) 考選委員會

(2) 銓叙部

(E) 監察院 監察院爲國民政府最高監察機關。設監察委員十九人至二十九人，以行使彈劾權。以審計部掌理審計事宜。其委員及部長，均由該院院長提請國民政府任命之。

第三款 現行地方官制

民元二之際，各省以都督掌理軍政，兼爲民政長官。任意更張，幾無

所謂地方官制。民三，規模狹具，始有民政長，觀察使，及縣知事之三級制。民三以後，改稱省長，道尹，及縣知事。護法之役興，南方各省，多廢道存縣，變爲二級制。然軍權高於一切，在事實上，掌握地方行政之權者，率爲軍事長官，殆無確定的地方官制可言也。

國民政府成立後，十六年十月公布省政府組織法。各省省政府，由國民政府任命之委員九人至十三人組織之，而指定其中之一人爲主席。其下設民政，財政，建設，教育，農工，實業，土地等廳，分管省之行政事務。其各廳之廳長，卽由各委員兼任之。省政府有下列各種職權。

(1) 省政管理權

(2) 省令頒發權

(3) 省官吏之任免權及彈劾權

(4) 行政監督權

省之下爲縣，縣政府以縣長綜理縣之行政事務，其下分設公安，教育，財務，各局，以分掌各部分之行政事務。故就現行之地方官制言，仍爲二級制也。

介於省縣之間者尙有市。市分甲乙兩種。前者直隸於國民政府。後者則歸所在省之省政府管轄。市設市政府。其下分設財政，土地，社會，工務，公安，衛生，教育各局。以分掌市之行政。但目下市長及各局長，均係受國家委任之官吏，其所辦理者，乃國家之行政事務，非自治行政也。自其性質言之，蓋爲一種過渡的行政機關歟。

第三節 官吏

第一款 官吏關係之法律上之性質

第一項 國家勤務之種別

對於國家服勤務之義務者，不僅限於普通之官吏。其種類不一，其法律上之性質亦各異。茲爲闡明官吏關係在法律上之性質起見，特先述官吏以外國家勤務之種別。

對於國家負勤務之義務者，其種類不一。

(一)或爲國民參政權的效果，代國民參與國家事務者，如國會議員是也。議員固屬對於國家服勤務者，然其義務爲從，權利爲主，故其參與國事之義務，實可視爲權利也。

(二)或從事於特定之義務者。因其業務所伴隨之法律上之義務，擔任一定之國家事務者，如船長行使船舶內之警察權，市長，村長，因委任而擔當市村內之國家行政事務，皆其例也。但船長，市長，村長等，均非特爲

服國家之勤務所選任者，各有其特定之職業，不過與其職業相結合，在法律上當然負其義務而已。

(三)有雖特爲服國家之勤務所選任，而其勤務祇爲經濟上之意義之勞務給付，不包含倫理的要素者。如各官署之錄事，雇員，聽差，工匠之類，皆是也。其對於國家之關係，乃單純的經濟上之給付關係，與私人間之雇傭關係，同其性質，故一般認爲私法上之關係。

(四)即在純然公法上之關係，如依徵發令所徵發之人夫，亦與前者同其性質，蓋均屬經濟上之勞務給付之關係而已。

(五)有雖不能以單純的經濟上之關係目之，而其勤務祇限於個個之特定行爲者。例如選舉監視人，破產管財人，所得稅調查委員，醫師考試委員，臨時法制審議會委員，經濟調查會委員之類是也。此等人員，均爲擔任

預先限定之特定事務而設，非服無定量之勤務者也。

(六)此外尚有雖服無定量之勤務，而其勤務，乃係為一般人民在法律上所應負之義務者，例如行徵兵制度之國家之兵卒是也。

第二項 官吏關係之要素

官吏對於國家之關係，與第一款所述者不同，其定義如左：

官吏者，非基因於人民在法律上之義務，特為服勤務所選任，而其勤務，不僅限於單純的經濟上之勞務給付，包含有忠於國家之倫理的義務，又不僅限於特定之行爲，須從國家之所命，負有服無定量勤務之義務者也。

今試從官吏之定義中，分析其要素言之，則如左述。

(一)官吏關係之最主要之要素，為其對於國家之勤務義務。 官吏參與

國事，自一面言之，可視爲爲官吏者之權利；然國家任命官吏，並非因付與權利，乃令其服勤務耳。故義務爲其主眼，而權利則爲伴隨之效果。自此點言之，官吏與議員之區別，卽在於是。

(二)官吏服勤務之義務，係由特別之選任行爲而來者。若將官吏關係，與民法上之關係相比較，則與雇傭關係最相類，故可稱之爲公法上之雇傭關係。國家乃居於使用主之地位者，而官吏則其使用人也。在民法上之雇傭關係，恒由特別之協約而發生，而官吏關係，亦常由特別之選任行爲而發生。自此點言之，官吏與依職業或身分，而當然負法律上之勤務義務者其不同在此。

(三)官吏當從國家之所命，服無定量之勤務。自此點言之，官吏與選舉監視人，破產管理人，之以特定之事務爲限，而受委任者，其不同在此。

。雖官吏之勤務，亦非全然無限制，而常有一定之範圍，然在其範圍內，並不預先限定其事務之數量，須從國家之所命，服無定量之勤務。其與委員之僅受特定事務之委任者不同之點，猶之乎民法上雇傭與委任之差異也。

(四)官吏之勤務，非僅以單純的勞務之給付爲內容，而包含有特別忠實之義務。其關係不僅限於單純的經濟的之關係，同時並含有倫理的關係。自此點言之，爲官吏關係與民法上之雇傭關係，及由徵發而來之人夫，相區別之標準。對於國家，有民法上之雇傭關係者，其種類甚多，其與官吏不同之處，不在所擔任事務之性質如何，若自其所擔任之事務言之，則秘書與雇傭之外國人秘書，或書記官與錄事，其事務之種類，固無分別也。其區別之點，專在其所負之義務，一屬於單純的經濟的關係，一不僅爲經

濟的關係，且同時含有倫理之關係也。故官吏不僅以服勞務爲能事已畢，當去私欲，重公誼，鞠躬盡瘁，忠於國家，始能完成其義務也。

(五)官吏關係，非基因于一般人民法律上之義務。在行徵兵制度之國家，其官吏與兵卒之區別在此。雖兩者之性質，均同爲對於其國家負有忠實服勤務之義務者。然一由特別之選任而來。一則基因于一般人民法律上之義務，當然發生者。其地位固自不同也。

要言之，則官吏者，非基因于人民的義務，由國家特別選任，對於國家，負有忠實服無定量勤務之義務者也。

第三項 官吏關係之常素

官吏觀念之要素，已如上述。此外尚有爲通常官吏之地位所伴隨之各種屬性，但非上述之要素，故以常素目之。茲試爲分述之如左：

(一) 不問其現在擔任職務與否也。如退職推事，休職官吏，退職將校等，現在雖無職務擔任，然一旦受國家之任命，則無論何時，仍負有服勤務之義務，故尚不失為國家之官吏也。

(二) 不問其所擔任之事務為國家之事務與否也。通常官吏所擔任之事務，恒為國家事務，然非其必須之要素，或受命代自治團體之機關，擔任自治團體之事務。或以自行學習，或受教育，為其勤務之義務。苟係依國家之命，服其義務，則仍不失為官吏也。

(三) 不問其受國庫之薪俸與否也。薪俸雖為官吏關係相隨伴者，然亦有無俸之官吏，或其薪俸，不由國庫支給，而由他種團體支辦之者。此種辦法，係由國家命該團體負支辦之義務，因該團體有利害關係，故令其負此負擔也。

(四) 不問其任期有限定與否也。即爲臨時職務所選任之官吏，如臨時防疫官，博覽會事務官等，雖無一定之任期，亦官吏也。

(五) 不問其選任係由任命而來抑由選舉而來也。官吏雖恒出於任命，然亦有出於選舉者，凡依法成立前項之公法的關係者，皆爲官吏，固不限於任命一途也。

第四項 形式上之官吏與實質上之官吏

以上所述，均係將官吏關係，從其實質方面觀察之。然官吏一語，往往用爲表示由國家承認其形式的一定之身分者。如法令中所謂官吏之意義，即包含有特任，簡任，薦任，及委任等官。而除特任官外，分爲九等，第一第二等爲簡任官，第三等至第五等爲薦任官，第六等至第九等爲委任官。其僅於此等一定之官等中，叙以等級者，即所謂形式上之官吏也。

第五項 官職之觀念

指示官吏所有之身分，及其所擔任職務之名稱，謂之官職。一切官吏，皆保有一定之官職。任官之行爲，即係授予官職之行爲。官職或爲表示官吏之身分，並表示其職務之名稱者。此際所授之官職，則爲任官，而同時命以擔任職務之行爲也。例如各部部长，次長，縣長，公安局長是也。或祇屬於指示其職務之種類，而非限定其職務之範圍者。例如任陸軍上將，海軍上將，中將，上校，推事，檢察官，技師，秘書，參事及科長等，是也。此際不過予授該種官職，祇能發生官吏之身分而已，尙未擔任職務也。命以擔任職務之行爲，如係分離行之者，則此種行爲，謂之補職。例如補某師師長，某艦艦長，某法院推事，某科科长，及某部秘書等，是也。

第六項 官之種類

官吏依其官職之種類，大別之爲文官，及武官。文官有行政官，司法官，外交官，領事官，技術官等之分，武官有陸軍武官，海軍武官，空軍武官之別。各應其種類，而異其任用，保障，懲戒，薪俸。卹金等之規定。

此外尙可分爲在現職之官吏，與不在現職之官吏。其屬於不在現職之官吏，如休職，停職，退職之官吏是也。

官吏所擔任之職務，或單屬於爲事實上之行爲，或於國家之名，爲法律的行爲。後者則官吏取得對於外部代表國家之權能。自其代表國家之地位言之，謂之曰官署。

第二款 官吏關係之成立變更及消滅

第一項 任官行爲之性質

官吏關係，由國家特別之選任而成立，是爲任官行爲。此種行爲，在法律上之性質，有以爲國家之單獨行爲者。有以爲由國家與受任者雙方之合意而成者。自當以後說爲妥。何則，國家對於欲爲官吏與否，自當任諸人民之自由意思，斷不能視爲人民之義務，而加以強制，故不得反乎本人之意思，而以官吏任之也。公法學者中，雖有以任官行爲，爲國家之單獨行爲者，然亦未嘗主張可以反乎本人之意思，而加以強制，不過否定以本人之意思爲任官行爲之成立要素，而任官行爲，乃出於國家一方的意思而成立，本人之同意，第爲其行爲能實行之條件耳。（如 Otto Mayer Georg Meyer 等）但被任爲官吏，既非人民在法律上應有之義務，而任諸人民之自由意思，則受任者之意思，當然爲任官行爲有效成立之要件。若謂任官

行爲，無須得本人之同意，而能有效成立，則是得反乎本人之意思，而使之爲官吏矣。在今日之立憲國家，固無此種權利也。由是言之，任官行爲之成立，仍須得受任者之同意，則其非國家之單獨行爲也，明矣。故受任者之意思，不單爲任官行爲能實行之條件；實與國家之意思，同爲其行爲成立之要素。換言之，則任官者，由國家與受任者雙方之意思而成立之契約行爲也。（如 Laband, Jelinek, Löning 等。均主張此說者也。）

但任官雖爲契約，却與私法上之契約有別。國家使用工匠，差役，錄事，郵差，電報，電話司機生等，及聘外國人爲顧問，均以私法上之契約行之者，因其關係，純屬於經濟上債權債務之關係故也。至於官吏對於國家之關係，則與是異。因不僅屬於單純的經濟的關係，故不受民法之適用，而爲公法上之關係，以與私法上之關係相區別。約而言之，即任官行爲

原书缺页

原书缺页

委任官以下之官吏，其任命權，委任於各官署，其委任狀，由各官署自行製發。

任官由交付其任命狀於本人，或其代理人而成立。如係對於隔地者發送時，則與一般行政上之意思表示相同，採受信主義，以任命狀達到相對人之日，發生效力，其官吏關係，即由是成立。

第四項 就官能力

所任用之官吏，須具備一定之要件，即能力要件，與資格要件是也。前者為關於能為官吏之能力要件，其不具備此種要件者，即令被任為官吏，而其任命，乃基因於法律上之不能，當然無效。後者為關於可授予官職者資格上之條件，即無資格者，亦未嘗無能為官吏之能力，不過一定之官職，須授予有一定之資格者，若誤任無其資格之人，則其任命，非當然無

效，但因其帶有法律上之瑕疵，故無正當的官吏之地位之保障，無論何時，均得命其免官耳。能力要件，須以法律定之，因事關人民權利能力之範圍，固不能以命令定之也。至於資格要件，則得以命令定之。

無能爲官吏之能力者如左：

(1) 褫奪公權，尙未復權者。

(2) 外國人。外國人是否有能爲官吏之能力？法律雖無明白之規定，然一般認外國人無參政權能力，故亦當認於無爲官吏之能力。民國十八年，國民政府公布之國籍法，規定歸化人，及隨同取得中華民國國籍之妻，及子，不得爲國民政府委員，各院院長，各部部长，及委員會委員長，立法院立法委員，監察院監察委員，全權大使，公使，陸海軍將官，及各省區政府委員，各特別市市長，及各級地方自治職員。(第九條一，二，三

，四，五，六，七，各項）是對於已取得國籍者，其限制尙如此其嚴，況外國人乎！至於以外國人任名譽領事，及總稅務司等職，自法理上言之，亦不能認之爲正當之官吏也。

（3）歸化人 歸化人之不能就重要官職，見國籍法。如上述。

除上述者而外。凡屬中華民國人民，均得有應任官考試之權。於男女之性，年齡之別，均與其能力無關係。惟推事及檢察官。則曾處三年以上之徒刑或監禁者，或破產未償債務者，則不得就官耳。

第五項 任用之資格要件

官吏之任用資格，因官職之種類而異。民國成立以後，官制亦隨革命而大變。元二三年之草創時代，關於官吏一般之任用資格，別無規定，所謂破格用人，遂開濫用倖進之門。四年，始有文職任用令之發布，及考驗

及第留學生分部分省任用暫行辦法，陸海軍軍職任用暫行規則，文官高等考試令，文官普通考試令，外交官領事官考試令。六年，乃發布司法官考試令，（附律師考試令）分別釐定一般官吏之一定資格。除特任官由大總統特別擢用外。其簡任，薦任，委任官，均有現任，曾任，甄用合格，升用，高等考試及格，普通考試及格，及留學成績，或國內外專門以上學校畢業或教授年限等嚴重之規定。最近國民政府考試院已公布高等考試，及普通考試，之各種考試條例。以後將以考試決定一切官吏及公務員之資格。苟能勵行，亦未始非澄清仕途之一助也。

關於官吏之任用，可分之爲五種，卽：

（I）自由任用。

（2）誼衡任用。

(3) 官歷任用。

(4) 學歷任用。

(5) 考試任用。

自由任用者，對於其任用資格，無所限制者也。惟特任官之任用屬之。

詮衡任用者，經典試委員之詮衡，免其受試，而任用之者。乃屬於自由任用，與考試任用之中間者也。

官歷任用者，受任者已有爲官吏之一定經歷，因據其經歷，而任用之於他官吏之謂也。

學歷任用者，根據學校畢業之資格，而任用之於適當的官職者也。
考試任用者，依考試之結果，對於及格者，加以任用之謂也。

第六項 轉官及轉職（調任及借補）

官吏有被命由一官職而調任他官職者，有在同一之官職內，而借補他官職者。原則上，對於轉職，（借補）不必得本人之同意，可逕由國家之單獨意思行之。何則，因官吏於其官職之範圍內，固有服國家所命之勤務之義務故也。惟推事及檢察官，除有法定理由之外，不得勒令借補耳。反是，轉官則往往不得由國家之單獨意思行之。如凡文官，非得其同意，不得轉任同等以下之官。推事，檢察官，等，均不得違反其意，而命以轉官，（調任）是也。法令中對於轉官，雖略有規定，然尚無切實的限制。但官吏決非負無限制的勤務之義務者，不過於限定之範圍內，承諾服其勤務之義務而已。故轉官而得由國家之單獨意思行之者，惟以預先已得其承諾之種類之官職爲限，倘由武官而調任文官，或由行政官而轉任司法官等，種

類不同之官職時，是命以新義務之行爲，而非既存之義務，其須得本人之同意也，不待論矣。

第七項 解職

官吏有被免其職務之擔任，（不執行事務）而仍不失其官吏之身分者，其種類不一，要以休職爲最普通之例。休職爲一時休止職務之行爲。雖受休職之命，仍不失其官吏之身分，第不擔任職務，其原有官職，祇爲表示其官等之名稱而已。然除無從事職務之義務而外，其他之義務，則仍與在官者無異。（文官保障法草案第七條參照）休職之規定，除特任官不適用外，對於一般文官，凡有左列各項情事之一者，得令其休職。（文官保障法草案第六條）

（I）依懲戒法之規定，附懲戒委員會審查者。

(2) 關於刑事案件，被告訴告發者。

(3) 因官制之變更，而其官署或缺額，被裁廢合併者。

休職之期間，則以上列(1)(2)兩項，其事件在審查未完竣或裁判未確定之間爲限。除因懲戒或裁判之結果，而免官之外，一經審查，裁判手續之完了，當然即行復職。在(3)之規定，則簡任，薦任官以二年，委任官以一年爲滿。(文官保障法草案第六條第二項)在休職期間內，隨時可以命其復職，(同第七條)倘休職期滿，即當然退官。(同第八條)對於司法官有褫職，停職，退職等之規定。褫職爲喪失現職。(但與奪官不同)公罪自褫職之日起，非經過三年，私罪非經過十年，不得再就職也。(司法官懲戒法第十二條)停職亦屬於懲戒處分。即停止三月以上，一年以下職務之執行，並停止俸給也。(同第十條)退職爲因精神衰弱

，不能任事，由該管長官，呈請退職者。退職乃全然失却職務之擔任，不得復受俸給。此外如因裁改而裁缺，則得給以全俸，遇缺即補。

第八項 官吏關係之終了

官吏關係，除由死亡，或喪失國籍，而消滅之外，或因免官，或因法律上當然成爲退官者，而消滅之。免官爲解除官吏關係之行爲。或出於官吏本人之情願。或由國家之單獨意思行之。茲述其要旨如次：

(一) 官吏除法律上定有就職之義務者而外，無論何時，均可辭官，國家對於辭官者，不得拒絕之。雖法律對於此種原則，無明白之規定，然假定爲官吏者，無辭官之自由，則一爲官吏，將終身不能脫其義務，似此終身的隸屬關係，實爲近世之法律思想所不容，辭官之自由，乃一般所承認者也。但官吏辭官，須得國家允准之後，方能發生效力耳。若以之與民

法上之關係相比較，則辭任與契約解除之意思表示相當。而國家之依願免官，則與其承諾相當也。

(二) 反乎官吏本人之意思，由國家之單獨意思而免官者，第一爲懲戒免官，懲戒免官，可以適用於一切之官吏。至於非懲戒行爲，而由國家之單獨意思，能否免官？則隨官吏之種類而異。或有一經任官，卽終身保有其爲官之權利，除依刑罰，或懲戒之外，無論如何，國家均不能反乎其意，而免其官者，如司法官是也。是之謂終身官。但因精神衰弱，不能任事，得由該管長官呈請其退職耳。亦有與終身官正相反對，無論何時，均可免官者，如特任官是也。其居於此兩者之間者，爲一般文官，除法律上有特定之理由而外，不得反乎其意而免官，惟有法定之理由時，則得反乎其意而免官，其得不依本人情願而免官者，惟以精神衰弱，身體殘廢，或

年老不勝職務者，及因官制之變更，其官署，或額缺，被裁廢合併者爲限。除此等法定理由之外，一般文官，均有保障，不得反乎其意，而命其免官也。

官吏復有因一定事實之發生，不待免官，卽成爲法律上當然退官者。
(1)爲被處死刑，徒刑，或監禁者。(2)爲除終身官以外之官吏，其官署，或額缺，被裁廢合併時。(3)爲休職期滿者。

第三款 官吏之義務

官吏關係之效果。其最主要者，爲對於國家負擔特別義務之一事。此義務與任官之承諾，同時承諾。凡一切官吏，因任官之承諾，卽約定擔任特種之國家事務，且其執行此種事務，須服從國家之命令，對於國家，並須以忠實爲主旨也。至於其義務之種別，則依官吏服務之法令定之。

官吏之義務，雖有多端，然大要不出左之五者，試略述之。

一 執行職務之義務 國家之任命官吏也，其目的存於要求其服一定之勞役。故官吏義務之最主要者，不外擔任一定之公職，執行屬於其公職分內之事務耳。

官吏之職務上所有事務之性質及分量，有依法律命令而定者，有依對於其事務有指揮監督職權之長官之指示而定者，其事務初不以各個之特定事務爲限也。於法令或長官之指揮所定之範圍內，所有一切事務，皆應處理之。苟因官吏之故意或過失，於其職務上所屬之事務，不克舉行，或對於各個之事務，而拒絕執行，或擅行脫離其職務者，皆違反官吏之義務者也。但休職官吏，或其他不在現職之官吏，則不負執行職務之義務耳。

執行職務之義務，於兼職之際，亦適用之。兼職之官吏，對於其本職

及兼職所屬之一切事務，皆有執行之義務。不能因一職務，而怠弛他職務。官吏之兼議會之議員者，亦然。惟如後所述，執務時間內趨赴執務之處所之義務，及職務地之居住之義務，性質上不能兩立者，則祇以盡其所能盡者爲限度耳。

官吏惟因有服務義務，故其結果，有附屬之義務凡二：

(1) 住居地之限制 官吏須以職務地爲住居地，至其距離若何，雖無一定之標準，要以於職務上不致發生窒碍爲適當耳。

(2) 執務時間內須趨赴於執務處所 除法律上之休假日，及因特別事由，經長官之許可者外，不論事務之有無，皆有趨赴於執務處所，以便執行事務之義務也。

二 服從之義務 官吏之服從義務者，關於其職務，須遵由國家之行政首

長或長官之職務命令之謂也。

蓋如前屢次所述，任官契約，乃特別之服從契約。官吏對於國家，不徒以給付各個特定之勞務爲已足；任官之承諾，同時卽承諾負擔服從國家命令之義務。國家於此，亦不僅取得要求特定之行爲不行爲之權利，而實取得可依一己之意思，命令其爲種種之行爲不行爲之權力，此權力可稱爲公之使用者權。(Öffentliche Dienstgewalt)卽國家以使用者之資格，對於官吏所有之權力之謂。國家本此特別權力，對於官吏所下之命令，曰職務命令。(Dienstbefehl)官吏之服從義務，卽指服從此職務命令之義務而言也。

職務命令之發布，其權限屬於國家之行政首長，及受其委任，而有監督下級官吏職務之權限之長官。至職務命令之形式，則並無一定。有就各

個之事件而命令之者。有設定一般抽象之法則者。不問其形式何若，要之，不外國家對於官吏實行既存之權利，非因有是命令，而發生新義務，故不必有法規之特別根據，縱令其職務命令，在於設定一般之法則，亦不必以法律命令之形式發布，可依適宜之方法行之。惟職務命令，同時以對於一般人民，發生效力爲目的者，亦頗不少。蓋如前所述，凡法律命令，一面使人民遵守，一面卽對於職務，命其依此法律命令，而執行其職務，故莫不含有職務命令之性質，凡此以職務命令，而卽爲對於一般人民之法規者，自非依法律命令之形式公布，不克發生效力。所謂職務命令，不拘於一定之形式者，蓋指專爲對於職務而發之命令，直接與人民無關係者而言耳。

職務命令之效力，在於使受命者之職務，負遵由之義務，固已。顧官

吏之遵由職務命令之義務，自一定之限制，命令者，非能任一己之意，不論何等事項，皆可命令官吏爲之，而受命者，亦非不論何種命令，皆須絕對服從也。然則職務命令權之界限若何？學說雖未能一致，然要之以職務命令，對於官吏而可發生拘束力者，至少須具有下列兩種條件：

(I) 職務命令之發布，須由有正當職權之監督者行之。此所謂有正當之職權者，即於受命者之職務，有監督權限之機關之謂。此等機關，爲國家之行政首長，及依官制之所定，或特別法律命令之委任，居於行政首長以下之各官署之長官。苟職務命令，非出於有正當職權之監督者所發布，對於官吏，即無拘束之效力。職是之故，受命之官吏，於職務命令，有審查其是否發自有正當職權之監督者之權限，而決定其有無服從之義務。如係官制上，對於本身無監督權者，則其命令，爲無權限之行爲，當然無

效，自無服從之必要。

(2) 職務命令之內容，以屬於官吏職務上之義務者爲範圍。蓋官吏之受長官之監督者，第就其職務上之事項而言耳。離乎職務，則既無所謂長官下屬之關係，當然無服從其命令之義務也。例如命以執行職務外之事務，命以料理上官個人之私事，或干涉下屬與職務無關係之私生活，皆非正當之職務命令，自無服從之必要也。

職務命令之性質，既如上述。故其範圍，自應以官吏之職務上之義務爲限。凡職務上之義務以外之事項，皆不得爲職務命令之目的，官吏於此，其無服從之義務也，明矣。

惟於此有須注意者，即所謂職務之範圍云者，當以廣義解釋之。若如一派學者之所說：謂職務命令之內容，以關於受命者權限內之事項爲限。

驟觀之，似若正當之見解，實則非適中之論斷也。何則，關於官吏之權限之行使，長官之指揮，固屬職務命令最重要之部分；然職務命令，要非徒局限於此也。因權限雖為對於外部，得以表現國家所行事務之範圍，而職務命令，則包含關於與外部毫無關係之事實上之作用。例如事實之調查，文書之整理，甚至趨公時間之恪守，制服之服用等，極瑣細之事件，亦得以職務命令行之是也。

官吏之職務上之義務，隨其所擔任職務之性質，而有寬嚴之不同。因之，職務命令之範圍，亦與此相應，而有廣狹之差異。就中紀律之嚴重者，尤莫如軍官，舉凡關於其一身之生活，亦不得不服從於職務命令權之下。至若文官，則其職務上之義務，不必若是之嚴重，職務命令，雖有時涉及其一身上之生活，然惟於其職務完全執行上，有必要之際，始能有效

耳。

職務命令之拘束官吏之效力者，至少須具備以上之二要件。此二要件之欠缺與否？受命之官吏，有自行審查之權限。故官吏依一己之見解，如認職務命令，爲非出於有正當職權之上級官署；或其內容，與一己之職權無關係者，自可不負遵行之義務。惟其見解，苟有錯誤，則懲戒處分，在所不免，固屬當然之事。然從其他之方面而言，凡官吏遵循有效之職務命令而爲之行爲，縱令其行爲違反法規，或妨害公益，官吏一己，亦不負責。蓋其責任，爲職務命令所蔽故也。

對於上述之原則，有唯一之例外焉。卽官吏之有職務上之獨立者是也。蓋官吏有時就其職務之全部或一部，有似其一己之獨立意見，而處理之之任務，在此範圍以內，卽無服從職務命令之義務。此種官吏獨立之判斷

權，可稱之爲職務上之獨立。其最著者，爲司法官，司法官亦非無職務上之長官，其服從職務命令之義務，雖與一般官吏，無所抉擇，然其本來之職務行爲，（卽裁判行爲）。則固不受何等之指揮，惟依其一己之獨立的見解行之。在此範圍以內，職務命令，絕對不能行使。從實際上，依長官之命令，而爲之判決，其命令，在法律上，既屬無效的行爲，其責任，卽不得不由爲此判決之司法官自行負荷之也。司法官以外，如行政裁判官，審計官，及其他一切合議體組織之官署，莫不與之相同，均有職務上之獨立性。何則，凡合議體之組織，以其獨立的見解，而行決議爲原則。若合議體之各分子，無議決之自由，負有隨他人之指揮，以發表其意見之義務，則與合議體本來之目的，大相矛盾故也。

至於命以法律上不能之事，則當然不能發生拘束力，爲官吏者之無服

從義務，自不待言也。例如命以已經廢止之法律上之事務，或命以執行尙未公布之法律上之事務，及其他違法行爲之執行，均無服從之義務是也。

職務命令之內容，與法規相抵觸之際，該命令果有拘束官吏之效力與否？乃一重要之問題。關於此點，說分三派：

(I) 違法之職務命令，官吏無服從之義務說。官吏之義務，在於依法律命令，而執行其職務。故職務命令之合於憲法，及其他法規者，官吏均不可不遵由之。若違反憲法及其他之法規，則其性質上，已非復職務命令矣。官吏不惟無服從之義務，且有不得服從之義務，否則，須自行負其責任，此 Löning Stengel 一派學者之主張也。

(2) 關於職務命令之內容，其果適法與否，官吏絕對無審查權之說。現今多數之學者，皆主張之。Laband, otto Mayer, Seydel 等，其最著者也。

。依此見解，職務命令之內容，縱令關於業已廢止，或尙未達於施行時期之法律之執行，亦不得不服從之。蓋官吏於職務命令，祇有形式上適法與否之審查權；至實質上果爲何若？則官吏既無審查之權限；並無審查之義務。所謂形式上之審查者，Laband 氏，嘗細別之爲三種。卽：

(a) 命令者之官署，是否有發布該命令之權限？

(b) 其所命令之行爲，是否屬於受命之官吏職權內之行爲？

(c) 其命令是否具備有適法之形式是已？

(3) 官吏於職務命令，雖無實質上之審查權，然苟其違反法律，顯而易見者，則不負服從之義務說。此說也，Georg Meyer 實主張之。多數之學者，雖有非難之見解，實則此三說之中，要以此說爲最得當。何則，苟依第一說，官吏有審查職務命令之實質之權限與義務，不啻舉官吏之階級的

組織，悉行破壞，職務命令之效果，將因此而消失矣。夫官吏之所以有上下級之區別，而令上級官吏，指揮監督下級官吏者，本欲其以上級官吏之意思，拘束下級官吏之意思，藉以統一法律之解釋與適用耳。下級官吏，對於上級官吏所發之職務命令，苟得決定其適法與否？而拒絕其執行，則行政上之統一，不克維持，執行者之下級官吏，轉有最高之決定權，豈非本末倒置之論乎！然使反乎此，而如多數學者之主張，凡上級官吏之命令，不問其違法之程度若何？下級官吏，概有遵循之義務，亦不得謂之爲正當。何則，上級官吏之解釋權，所以得拘束下級官吏者，要以法令之有解釋之餘地爲限。若依法令之正文，業已顯然明確，不容復有歧異之解釋，縱令上級官吏，亦不得以職務命令，而變更之。故就一般而言，官吏於職務命令之內容，本無審查之權限，雖有違法之處，亦負遵行之義務。至因

違法之結果，而發生之責任，應由命令者負擔之，服從者不任其責，固已。然使職務命令之違法，顯而易見，雖其普通之見解，亦無疑議之餘地者，則其職務命令，根本上爲無效的行爲，官吏於此，自無服從之義務也。

舊官吏服從令，關於此點，係採用第一說者也。其第二條云：長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務。但有下例各項情形者，不在此限。(一)所發命令，有違法令之規定者。(二)命令形式不具者。(三)非屬官職守所應爲者。其第四條第二項：又規定長官之此項命令，屬官得依據法令拒絕之。亦係指受命者有審查之權利及義務而言也。

上級之職務命令，與下級之職務命令，互相牴觸之際，應以何者之職務命令爲準？關於此問題，亦有兩說：

(1) 以下級之職務命令爲準說。蓋就官署組織之系統而言，指揮監督權之行使，本有一定之階級。官吏之服從職務命令，自應以直接之上級官吏爲限。

(2) 以上級之職務命令爲準說。最高之決定權，屬於最上級之官署，且最適於代表國家公益者，亦惟最上級之官署，故使兩者之職務命令，有所抵觸，對於下級之職務命令，官吏自無服從之義務。舊官吏服務令：規定於兩級長官，同時所發命令，以上級長官之命令爲準。(第三條)蓋即採用此說者也。

三 忠實之義務 忠實義務者，官吏當執行其職務之際，依一己之判斷，務求適合於國家之利益，而力避不利益於國家之事之義務也。以忠實義務，與服從義務相對，認爲獨立義務之一種。

因官吏之處理事務，固非徒遵由國家之命令，而遂可謂爲克盡厥職也。官吏之職務上，其屬於官吏一己之自由裁量者，殆居多數。此際應如何執行其職務？既無一定成文法規之存在，亦並不必有長官之指示，官吏舍其一己之判斷而外，更安有他道乎？官吏於此，苟明知其處置之方法，爲不利益於國家，或故意謀一己或第三者之利益，而置國家之利益於度外，縱並未違反國家之命令，亦非抵觸於法律，然要不得謂其爲能盡職務上之義務也。故使關於官吏之職務，事無鉅細，非法令上有明文之規定，卽惟長官之命令是依，則官吏之義務，固可以執行職務之義務，及服從之義務之二者盡之。然徵諸實際，既不能不認官吏有自由裁量之餘地，則不得不於此二種義務以外，更認忠實之義務也，明矣。

由上述者推之，可知服從義務，乃遵由國家命令之義務。忠實義務，

則本於官吏一己之判斷力，謀國家之利益之義務。前者因國家之命令，而始存在。後者則不必待國家之命令。何則，國家對於官吏，苟命其為特定之行爲，或不行爲，則官吏祇須遵由其命令，則可目之爲適合於國家之利益，無俟官吏之判斷，亦不許其判斷，祇有服從之義務，而無所謂忠實之義務。若反是，而無職務命令，一任官吏之自由裁量，則忠實之義務尙焉。

是故忠實義務之分量，與服從義務，爲反比例。即職務命令愈精密，則忠實義務之效果，愈形薄弱。若職務命令愈少，則忠實義務之效果愈彰。此所以忠實之義務，就程度而言，恒隨官職之種類，而有顯著之差異。即地位愈高，則其負此種義務愈重，而尤以外交官，軍司令官爲甚。蓋此等官吏，於外交上之談判，或爲軍隊之指揮，忠實之義務，實遠在服務義

務之上也。

惟於此有不可不注意者，官吏忠實之義務，乃專指關於官吏之職務者而言。若職務以外之私生活，則不得以此相繩也。故以官吏之身，對於政府之政策，認為不當，而表示反對之意見，或以議員之資格，於議場對政府之提案，或當行使選舉權之際，而為自由之投票等，苟政府認此種事實，為有妨害於官吏職務之完全執行，特以職務命令禁止之，則因服從之結果，官吏自不得不受其拘束。否則，官吏以一個人之資格，儘可發表其自由意思，與忠實之義務，初非不能兩立也。

舊官吏服務令第一條云：凡官吏應盡忠勤，從法律命令所定以行職務。即明認此義務者也。

四 守秘密之義務 官吏不問其為關於一己之職務，或從他官吏可以聞知

之一切秘密，胥不得洩洩之。蓋官吏所處之地位，便於知悉國家之秘密，若不嚴守之，則其不利益於國家也實深，非徒不利益，時或至釀成重大之危險。故此種義務，乃與官吏之地位，相因而生之當然的結果也。故守秘密之義務，不僅在職時，認爲必要，即退職後，仍應繼續之。

舊官吏服務令，關於官吏之守秘密之義務，其規定之大要如左：

一 概括的規定 官吏對於官署機密事件，無論署內署外，及是否本管事件，均不得洩漏。退職後亦同。（第五條第一項）

二 特殊之規定有左之三項：

（1）官吏於審判官廳爲證人，或鑑定人時，如訊及職務上之秘密事件，非經本管長官許可，不可陳述。（第五條第二項）

（2）官吏於該管事件，不得以未發之文書，通知該事件有關係之人。

(第六條)

(3) 官署報告文件，未經發刊者，非得該管長官許可，不得私自宣示。

五 保持品位之義務 官吏對於國家之義務，微特關於職務上爲然也；即職務以外，個人之生活上，亦負有不得玷辱其品位之義務焉。蓋官吏有表現國家之責，苟素行不修，致有毀損其威信之行爲時，卽不啻毀損國家之威信故耳。舊官吏服務令：所謂官吏應恪守官箴，不得爲一切非法之舉動者。(第二十六條)卽此旨也。

六 對於行爲自由之限制 官吏根據忠實之義務，舉凡對於其職務上有妨礙之行爲，均不得自由爲之。自屬當然之事。然法令上特用明文，直接指定各種行爲，對於官吏禁止之，或加以限制。則官吏之行爲自由，當更受

深一層之束縛。例如不得受與政府有金錢上交易買賣者之招宴，不得爲交易所之經紀人，不得經營直接的或間接的投機事業，絕對禁止長官受下屬之餽贈，不得爲公司之職員，不得因執行職務而受他人之餽贈，除本職以外，不准辦有報酬的事務等，皆是也。

第四款 官吏之責任

官吏因違反義務，所受法律上之制裁，應有下列之三種：

(1) 刑法上之責任。

(2) 民法上之責任。

(3) 官吏法上之責任。

而官吏法上之責任，又可分爲(A)懲戒處分，及(B)公法上之損害賠償兩種。以下當分別論述之。

第一項 官吏刑法上之責任

官吏此種責任之發生，不單因其違反官吏法上之義務，且更觸犯刑法。故不但受懲戒免官而已，尚須進一步而受刑的制裁也。

官吏之犯罪行為，苟完全與職務無關，則與一般人之普通犯罪無異，因其不在行政法範圍之內，故不加以討論。此處所討論者，惟限於與其職務相關聯之犯罪行為而已。

(一) 職務犯罪。職務犯罪者，官吏濫用職權，或因怠慢職務，而侵害及特定之法律利益之謂也。

關於職務犯罪之成立，須具有下列之條件：

(I) 職務犯罪之成立，須其行為乃屬於國家機關權限內之行為。舉凡國家機關權限內之行為，在理論上，均為國家之行為，而具有國家行為之

效力。以是職務犯罪，卽具有此種特徵。例如行政裁判官，欲陷害本應無罪被告人，故意判決爲有罪。警吏爲報復私怨，而逮捕並不違反警察義務之人。自其效力言之，固爲有效之國家行爲，然一經發覺，則須官吏（卽爲其行爲者）個人負其責任是也。

（2）職務犯罪之成立，須有該當官吏不法行使權力，或怠慢其行使之事實。此處之所謂『不法』，『非官吏違反義務之意』，乃係指官吏明知其違法，而故意爲之。或出於重大的誤解法律，及不識法律，而逸出於情理之外者也。

（3）得爲職務犯罪之主體者，惟限於有其職務權限之官吏。凡在休職中之官吏，及其他不在現職之官吏，均不得成爲職務犯罪之主體也。

（二）準職務犯罪。準職務犯罪者，官吏所行爲與其職務相關聯之犯罪之

謂也。因此種行爲，非國家機關之行爲，而不具有國家行爲之性質，故與職務犯罪不同。但其成立，仍須有「不法」之事實，而其主體，亦以在現職者爲限。

第二項 官吏民法上之責任（私法上之損害賠償）

官吏依職務以外之行爲，加損害於私人時，其賠償責任，全在個人，此蓋與私人之因不法行爲而生之賠償責任無異。因官吏於其職務以外，不過爲一私人而已。茲所謂官吏在民法上之責任者，係指依其職務上之行爲，加損害於私人一事而言。

就官吏基因於職務上之行爲而生之損害賠償之責任言之，無區別其職務行爲，爲私經濟的行爲，抑爲公權力之作用之必要。爲官吏之職務行爲，有區別爲權力的行爲，與私經濟的行爲之必要者，祇以其行爲，作爲國

家之行爲觀察時爲限耳。國家之行爲，如純然爲私經濟的行爲，則與私人之行爲相等，須同受私法規定之適用，故有與權力的行爲相區別之必要。然是僅限於國家與私人之法律關係，或從公法，或從私法之區別而止。若作爲官吏個人之行爲觀察之，則俱爲事實上之行動，無區別爲公法的私法的之必要，且亦不能區別之也。何則，關於個人之責任問題。其個人之行爲，固恒作爲事實的行爲觀察之，而不作爲法律的行爲觀察之故也。例如對於官吏在職務上之義務違反，不問其關於權力的行爲，抑關於私經濟的行爲，均須受同一之懲戒處分。在該當職務犯罪時，則不問其爲私經濟行爲，抑爲權力的行爲，均須受同樣之刑罰是也。就賠償責任言，亦無以異於是。若該當不法行爲時，則亦不問其行爲，因係國家之行爲故，究須受公法或私法之適用？官吏均須以個人資格。自任其責也。我國新民法債權

編第一百八十六條，取法德國民法第八百三十九條，而爲類似之規定，卽官吏因故意過失，違背應盡之職務，使第三者生損害時，對於第三者，應負賠償之責任是也。關於此種規定，應予注意之點，今爲摘述如左：

(一) 不法行爲之成立，須其行爲，對於第三者之關係，屬於違法者。

官吏職務行爲之違法，須區別爲對於國家關係之違法，與對於第三者關係之違法。因官吏對於國家，負有忠實從順執行其職務之義務。故違反此種義務時，恆爲對於國家關係之違法，例如官吏違反訓令，或職務命令，或公益之行爲，均屬之。至對於第三者之關係，則有以異於是。卽令違反訓令，或職務命令等，單屬於行政機關內部有效者，則對於第三者之關係，並非違法。卽在官吏之職務行爲，單屬於公益上不適當者，亦不能謂爲對於第三者之違法。因官吏之忠實的義務，祇爲對於國家之義務故也。在對

於第三者之關係，必其行爲，違反法規，然後能成爲違法。因一切法規，固不僅限於國家與官吏之間有效力，且直接對於人民有效力。故官吏不但對於國家，有服從法規之義務，即對於人民，亦受依從法規，行使職權之拘束也。若官吏之職務行爲，違反法規時，則對於國家及人民，均屬違法。

(二) 不法行爲，須因官吏之故意或過失而發生。官吏故意濫用職權，或怠慢職務，因而侵害第三人之權利時，自應由其個人負賠償之全責。若不法行爲係因過失而發生時，則當以被害人不能依他項方法受賠償者爲限，始負賠償之責。

(三) 官吏雖因故意過失發生侵權行爲，苟被害人本可以法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意過失，怠於爲之者，則仍可不至負賠償責任。

第三項 官吏法上之責任

第一目 懲戒處分

在官吏法上，對於官吏之違反義務者所加之制裁，其最普通者，爲懲戒。因其爲對於官吏之一種特殊的處罰，復因此種處罰，與司法機關所課之罰不同，乃係由行政機關，對於其官吏所課之罰，非裁判行爲，乃一種行政行爲。故特稱之爲行政上之懲戒處分。或簡稱之爲懲戒。

第一 懲戒罰之性質 官吏當違反服務義務之際，國家以使用主之資格，本於其特別之權力，得行使處罰之權。稱爲懲戒罰。國家之此種權力，爲懲戒權。

其在私法上之債務關係，債務人縱不履行其義務，債權人亦無自行處罰之權利。惟得提起民事訴訟，藉國家之權力以強制之，令其履行而已。

若官吏關係，則異是。官吏違反服務義務，其性質上，雖與債務人不履行其義務相同，然國家於此，不必依訴訟之程序，本於其懲戒權，當然可以制止其義務之違反也。

惟是懲戒權，非官吏關係上之所特有也；即私法在之關係，苟含有道義上之要素，而不徒單純的經濟上之關係者，亦有之。例如私立學校，對於其學生，因義務之違反，其得戒飭之，或命其停學。退學等，之處罰。凡此，有因契約之結果，受懲戒者，於承諾契約之時，即承諾服從於懲戒權之下者，有依法律之規定，特別認許懲戒者之權利者，國家對於官吏之懲戒權，前者之例也。蓋官吏因任官之承諾，同時即承諾負擔特別之義務，而處於國家之懲戒權之下。國家於此，即因官吏之承諾，而取得懲戒之權利故也。

官吏因職務之違反，除應受懲戒罰者而外，其職務上之不法行為之較形重大者，更須受刑罰之制裁焉。刑法上，所謂瀆職之罪是也。例如官吏濫用職權，使無義務之人，負擔義務。或違法而行逮捕拘禁。或收受賄賂。凡此，皆屬職務之違反，而為應處刑罰之行爲。然其刑罰與懲戒罰之性質上之差異，果爲何如？乃研究懲戒罰之性質者，所當首先解決之問題也。在懲戒罰之性質，一般尙未明確理解以前，學者中，往往視懲戒罰爲刑罰之一種，不過程度有輕重而已。反對此等舊說，闡明懲戒罰之特質，俾與刑罰相區別者，蓋不得不歸功於 Laband 氏矣。氏嘗論述懲戒罰之性質，謂懲戒法不能與刑法相比較，毋寧與私法相擬論。何則，懲戒處分，非依國家之刑罰權行之，乃依國家之使用主之資格行之者也。質言之，不外本於國家與官吏間之權利關係，故非刑法之意義之所謂刑罰，乃因欲維持

使用關係之內部之秩序，擔保服務義務之履行，所需要之手段也。是故懲戒權，實與民法關係上，因契約之履行所有之訴權相當云。自氏之倡爲此說，於是二者之間，性質上之有差異，遂爲一般學者所承認矣。

懲戒罰之性質，與刑罰之性質之不同也如此。其最顯著之點如左：

(I) 刑罰與懲戒罰，其所根據之權力不同也。刑罰，爲國家之刑罰權之作用，乃係對於一般人民之統治權之發動。而懲戒罰，則異於是，非根據刑罰權之行爲，乃國家居於使用主之地位，對於官吏應有之特別權力而生之行爲也。故刑罰雖在官吏退官後，仍得對於其在官中之職務犯罪，加以刑罰。而懲戒則惟限於官吏在官中，方得科之。官吏一經退官，卽無受懲戒處分之餘地矣。

(2) 刑罰與懲戒，其所處罰之客體不同也。刑罰，爲對於犯罪之處

罰。而犯罪乃破壞其社會公共之秩序，侵害法律上所保護之各種法益之所爲。而懲戒罰則爲國家對於官吏之違反其應負之特別的義務者而行之處罰也。

(3) 刑罰與懲戒罰，其處罰之目的不同也。刑罰之目的，在維持社會公共之秩序。而懲戒罰，則在維持官吏關係之秩序。或以儆將來，防其復蹈前失，或竟排除之於官吏關係之外，以肅吏治。其目的要不外乎維持官紀，而與社會公共之秩序無關也。

對於同一之行爲，懲戒罰與刑罰，得併科之。所謂一事不再理之原則，於此性質不同之兩種處罰之間，不能適用也。官吏因刑罰之宣告，當然失其官職者，懲戒之程序，自無開始之餘地。然使其刑罰之結果，不致喪失官職，則懲戒罰尙有不可免之必要在焉。蓋懲戒罰與刑罰，其所根據之

權力，既不相同；且其處罰之目的，亦非一轍，故得而併科之也。

應付懲戒之行爲，若同時因涉及刑法上之犯罪，而繫屬於刑事裁判所時，其刑事裁判之結果若何？於懲戒罰之決定，有重大之關係。故懲戒程序之開始，不得不俟諸刑事裁判判決之終結以後。即已開始其懲戒程序者，亦應停止之。惟是刑事判決，不必拘束懲戒罰之決定。故一旦刑事裁判上宣告無罪，或免訴，對於同一之行爲，仍得實施懲戒罰程序。此蓋出於維持官紀之必要，其性質與刑罰固異，其目的亦不相同也。

第二 懲戒罰之種類 懲戒罰，乃本於特別之權力關係，因維持此關係之秩序而行之者也。故懲戒罰之手段，首在儆戒其將來，俾懲戒原因之行爲之不致於繼續。其最重要者，亦僅至於剝奪受懲戒者本於特別之權力關係所有之權利利益而止。例如學生之懲戒罰，或停止其受業，或剝奪其學

籍。雇主對於使用人之懲戒罰，或減少其酬資，或降下其地位，甚或解除其僱傭契約。然要不得逾越乎此，而更有其他之行爲也。國家對於官吏之懲戒罰，亦然。其最重要者，不外罷免官職，或限制其就官之能力，他若降等，減俸，或停止職務等，要皆不出於剝奪其因官吏關係而發生之權利或利益耳。

故在此範圍以內。不必有法律之根據。國家以使用主之資格。當然得懲罰之。現今各國之憲法，雖莫不設有人民非依法律不受處罰之明文，獨至懲戒罰，則不待法律之規定者，蓋本於一般統治權之處置，與本於特別權力關係之處罰，二者之間，自不相同故也。

懲戒罰之種類，可依處罰之目的，大別之爲二：

(I) 以對於義務違反者，而希望其改善於將來爲目的所行之處罰。

是謂矯正懲戒。如降等，減俸，及申飭，記過等之懲戒是也。

(2) 以排除義務違反者於官吏關係之外爲目的之處罰。是謂排除懲戒。如罷免官職是。他如停止職務，或轉職等之處分，亦於矯正懲戒之中，寓有排除之性質者也。

第三 懲戒罰之機關 關於行使懲戒權之機關，苟無特別之規定，則凡對於官吏之職務。有監督權限之長官，即可視之爲並有行使懲戒權之權限者。蓋國家以使用主之資格所有之權利，當然屬於所屬長官之行使故也。惟近時之法律，因保障官吏之地位起見，關於官職之罷免，不能任諸長官之自由裁量。故恆於通常之監督長官而外，設置特別之機關，俾之掌理懲戒事件。就中若司法官，行政裁判官，審計官等。凡有職務上之獨立者，關於其懲戒，尤有嚴重之程序。各國大都特設懲戒法院。於懲戒裁判官外

，更設有檢察官，其裁判程序，略與刑事裁判相同。蓋所以保障其地位上之獨立者至矣。卽一般之文官，其懲戒程序，雖不若司法官等之極形煩重，然亦非一任諸長官之自由裁量，而必設特別之合議體機關行之，所謂官吏懲戒委員會者是也。惟陸海軍之武官則異是。懲戒之行使，大都非特別機關之組織，而卽以通常職務上之監督官充之。

第四 懲戒權之消滅 懲戒權之行使，以官吏關係之存在爲前提，官吏關係，一旦消滅，則懲戒權亦隨之消滅。職是之故，退職之官吏，關於其在職時之行爲，無復受懲戒之理。質言之，卽國家對於退職之官吏，縱令其在職中，有足以爲懲戒之原因之行爲，亦不得行使懲戒權也。惟官吏之轉職者，其官吏關係依然存在，就一般而言，雖不得謂爲懲戒權消滅之原因，然使其所轉任之職務異其懲戒之法規者，則前此之懲戒權，不得不認

爲因官吏之轉職而消滅。何則，關於懲戒，既有一定之法則，懲戒權之行使，自必以懲戒之法規爲依歸。若以懲戒之法規，各不相同之兩種官吏，則對於轉職後之官吏，前之懲戒法規，既不復可以適用；其現任職之懲戒法規，又非可以追溯前此之行爲，而適用之故也。

第二目 公法上之損害賠償

官吏之職務上之違反，時或有發生損害賠償之責任者，官吏之賠償義務，應區分之爲兩種：其一，因官吏職務上之行爲，致國家受其損害，而負擔之賠償義務。其二，因官吏職務上之行爲，致第三者受其損害，而發生之賠償義務。此處所論述者，惟在於第一種之賠償義務。至對於第三者之賠償責任，則已於第二項中述之。官吏對於國家之賠償責任，論述如下：

在民法上之僱傭關係，被僱傭者，違反契約上之義務，致雇主蒙其損害時，雇主有請求其賠償之權利。且此求償權，恆視為當然包含於契約之中者。至官吏對於國家之關係，則不適用此等私法之原則。故縱令官吏違反服務義務，亦決無變更其義務為賠償義務之理也。

惟是私法上之原則，雖不適用於官吏與國家之關係，然法律對於特種之官吏，特別規定其賠償責任者，蓋亦非無其例。就中若擔任會計事務之官吏之責任。各國殆莫不以法律明定之。我國舊會計法，對於出納官吏，亦規定其所保管之現款及物品，應負一切責任。蓋會計法之主義，國家之收入與支出之命令機關，與實際收入及支出現款之機關，當嚴行區別，二者不得相兼。（舊會計法第三十條第三十二條）出納官吏云者，即指掌理現款出入之職務之官吏而言。其重要者，為收入官吏。而關於職務上之支

出，受現款之預付者亦屬焉。（參看會計法第二十條）此等出納官吏，苟其所保管之現款物品，有損失時，應負賠償之義務，固已。惟凡賠償義務之發生，必以義務者之過失爲前提，至過失之程度若何？法律雖別無規定，然出納官吏，本有以極緻密極慎重之注意保管現款及物品之義務，私法上之所謂重過失輕過失之原則，不得而適用之。苟其所保管之現款物品，有遺失毀損，則不問其原因之若何？要皆推測爲該官吏之過失。於此而欲免其責任，非明確證明其毫無過失不可。舊會計法第三十一條：所謂出納官吏，如遇水火盜難，及其他意外事故，致所保管現款物品，有遺失毀損時，非以必不可免之事實，證明於審計院，得有解除責任之允許者，不得免其責任。卽此意也。

官吏之賠償義務，其法律上之性質，爲公法上之義務，抑私法上之義

務？多數之學者，類皆主張其爲私法上之義務。蓋賠償義務之原因，雖出於官吏之公法上義務之違反，然凡違反公法上之義務，而發生之效果，非必概爲公法上之法律關係也。况賠償義務，本非由官吏關係而直接發生之義務，乃因官吏職務上之過失而發生之第二次之義務。以原則言，官吏關係上，本不必有此等義務，且轉希望其不至發生此等義務。又從國家方面言之，官吏之賠償義務，純係爲保護國家財產上之利益起見，非因保護公益之目的而存在。故與其謂爲公法上之義務，毋甯謂爲私法上之義務，較得其當也。

出納官吏之賠償責任，審計院有議決之權限，非如民法上之雇傭關係，雇主對於使用人之求償權之必依民事訴訟之程序而始可以實行也。審計院之議決，有確定之效力。除因一定之理由，得以請求再議，及審計院認

爲應行再審查者外，（舊審計法第九條第十五條）縱有不服，亦不得向民事法院，提起上訴。故就此點言之，出納官吏之賠償責任，當然屬於公法關係。乃公法上之損害賠償，非私法上之損害賠償也。

賠償請求權，與懲戒權不同。非直接本於官吏關係之權利，故不必以官吏關係之繼續存在爲要件。卽對於業已退職之官吏，亦當然可以行之。

第五款 官吏之權利

官吏關係，乃公法上之雙務契約關係。故微獨官吏對於國家，負有特別之義務已也；國家對於官吏，亦有一定之義務存焉。其最重要者，爲保護義務。此義務與官吏之服務義務相對立而存在。細別之，可分爲經濟上之保護，與地位上之保護兩種。前者如俸給之給與，使官吏在職之中，足以維持其生活。卹金之制度，使官吏退職後，亦不致有衣食之憂等是。後

者如因官吏之職務之執行，藉警察權及刑罰權等，以爲之保護。對於妨害官吏之職務者，設特別之罰則，以祛除之。又因保障官吏之地位，除有一定之理由外，不得濫行罷免其官吏。或因保持官吏之榮譽，而畀以種種之榮典等。皆是也。

惟是上述國家對於官吏之保護義務，其結果雖屬官吏之利益，然要不得概認爲官吏之權利也。因權利爲得對於特定之法律利益可主張之意思之力。如榮典等之授與，既一任國家之自由意思，卽非官吏所得請求。卽警察上刑法上之保護，亦係以一般公益爲目的，而非徒爲官吏一身上之利益起見。其得以認爲官吏之權利者，不外法之反射作用耳。

國家對於官吏，有保護之義務，自官之方面而言，卽其對於國家所有之權利也。故官吏之權利，大要可分爲兩種論之：

一 經濟上之權利 官吏對於國家之經濟上之權利，最重要者，爲受俸給之權利。他若卹金，及遺族卹金，以及職務上之實費賠償等請求權，皆屬焉。惟卹金，及遺族卹金，於官吏關係終了後，始行發生。因之，此等權利，似與官吏之地位，不相關涉，然其權利之發生時期。雖在官吏關係消滅以後，其權利之發生原因，要以官吏關係之存在爲根據，故仍不得不列入官吏之權利中也。

(I) 受俸給之權利 俸給乃對於官吏之服務義務之反對給付，以充足官吏相當的生活費用爲主旨。於官吏關係之繼續中，由國家於一定之時期，所負擔給付義務之公法上之金錢債務也。試分晰說明之：

(A) 俸給者，對於官吏服務義務之金錢上之反對給付也。就此點言之，俸給與私法上雇傭關係之報酬，同其性質。蓋官吏通常應以全力從事於

國家之勞務，故在國家方面，不可不藉此金錢給付之義務，以資報酬。學者中有否認此性質，而謂俸給爲專以維持官吏的生計之養贍費者。如 Laband, Jellinek, Georgmayer, Zorn 及 Löning 等，皆主張此說，要非正當之見解也。何則，養贍費以隨權利者之需要，而決定數額之多寡，爲其主要之性質；而官吏之俸給，則常有一定，不能因官吏有無財產？及其生活之狀態如何？而有所增減故也。

(B) 俸給者，以充足官吏相當的生活費用，爲其第二之目的者也。官吏之俸給，其主要之性質，雖在對於勞務之反對給付。然究與純單之勞務報酬，或職務上之實費賠償不同。故如國會議員之歲費，各種公職之公費，皆不得謂之爲俸給也。

(C) 俸給者，公法上之金錢債權也。官吏受俸給之權利，果係公法上

之權利？抑私法上之權利？雖在今日，不無異論。學者中如 Zorn, George Mayer 等，皆以之爲私法上之權利。實則未得其當。何則，俸給權乃直接本於官吏關係之權利。官吏關係之爲公法上之關係，既已爲一般所公認，則本於此關係之權利，又安得謂爲私法上之權利乎！又况俸給之給與，非徒爲官吏一個人之利益起見，同時實爲顧全國家之公益而設。蓋若使官吏不能維持其相當的生活，而必汲汲焉惟衣食住之是謀，則雖欲竭其一身之力，以盡服務義務，勢將有所難能，轉於國家之公益上，有損失矣。故無論從何方面以觀察之，俸給要屬公法上之權利之一種。Laband, Seydel, Jellinek, Otto Mayer, Löning 等，皆主張之。

俸給乃官吏之經濟上之權利，其性質既如上述。顧官吏關係之成立，雖出於合意行爲，而官吏之受俸給之權利，則依國家一方面之行爲而成立

，非依當事人之承諾而成立也。此行爲有合併於任命行爲之中者。有與任命同時，或任命後，更依其他之行爲，而成立者。俸給之給付，依一定之法則，對於特定之官職，恒爲一定之數額，別無伸縮之餘地者，則因任官之行爲，官吏之俸給權，當然成立。反是，若對於同一之地位，而設有數級之金額，在此範圍以內，須由行政首長，或所屬之長官，適宜以定之者，則任官行爲以外，更須有決定俸額之行爲。依此行爲，俸給權始克成立耳。

俸給權之成立，既出於國家一方面之行爲，故俸給額之增減，亦當然屬於國家一方面之行爲。一般之文官，轉任他職之際，其新膺職務之俸給，若較前之職務，有增減時，則因轉職之行爲，同時即增減其俸額。又或因關於俸給法之變更，其地位雖然如故，而俸額則因之而減少者，亦屬國

家之自由意思，而不得謂之爲違法。雖司法官，行政裁判官，審計官等，其地位上之獨立，較一般文官，尤爲嚴重者，若法律有特別之保障，除因懲戒之結果外，不得反乎本人之意思，而減其俸給。則關於俸給法之變更，雖屬國家立法上之自由，然因俸給法之變更，而致減少其俸額者，原則上，惟對於將來之任命之官吏，可以適用。若業已受有一定俸給之官吏，則仍當依舊法之規定行之。非新法之效力所能及也。

(2) 卹金請求權 卹金者，對於官吏在職中之服務義務之反對給付，以維持其自退職之日始，至死亡之日止之生計爲目的，由國家負擔定期給付之公法上之金錢債務也。官吏之卹金請求權。發生於官吏關係終了以後。就此點言之，雖與俸給不同。然其爲對於服務義務之反對給付，且以充其生活之費用爲目的則一也。蓋官吏之服務義務，在於竭一身之全力，以

從事於國家之事務。俸給以外，既無可以發生他種所得之源泉；一旦退職後，欲維持其一身一家之生計，經濟上之貯蓄，自無充裕之餘地。故國家對於退職之官吏，不得不負擔金錢上之義務，庶官吏於在職時，可無後顧之憂，而克盡其義務。國家即對於其在職時之義務之殫盡，而予以相當之報酬，此官吏之卹金所由來也。

卹金請求之權利，與俸給權相同，依官吏關係而發生。故其性質，仍屬公法上之權利。惟官吏之卹金，本以酬其在職中服務之勞，而資其退職後維持生計之用。故官吏之有此權利者，必其在職較久，至在職之年限，雖依法定，而有所不同，官吏卹金條例，定為滿十年以上。蓋使在職之日未久，則一旦退職，較易從事於他種職業；且其對於國家之服務義務，為日既淺，亦無特別報酬之必要。除在職年限外，尚有年齡之限制。通例至

少須年滿六十歲以上，方有受卹金之權利，官吏卹金條例，亦採用之，蓋亦本於上述之理由耳。至年齡，與在職年限，雖未達於受卹金之資格，然苟其退職之事由，出於因公受傷，或重大之疾病，致不能從事於勞務時，則亦得享有卹金之權利也。（傷病卹金）

上所述者，指終身卹金而言，此外尙有一時卹金，則因官吏之在職年限，及退職之事由，雖未達於足受終身卹金之資格，然國家因欲酬其竭一身之全力，以從事於公務之勞，於是比例其在官年數，及俸給金額，而給與以一時卹金。自官吏之方面而言，亦屬權利之一種也。

(3) 遺族卹金 遺族卹金者，有受卹金資格之官吏，死亡之際，國家對於該官吏之遺族，應行給與之年金之謂也。遺族卹金之性質，與卹金相同。即國家對於官吏在職中之服務義務，應爲之反對給付，以充足該遺族

之生計費爲目的，而負擔之公法上之金錢債務是已。其所差異者，惟在普通卹金，乃對於官吏本身行之者。遺族卹金，則於官吏死亡後，付與其遺族者。

遺族卹金請求權之成立要件，不外左之數端：

(A) 一定之期間，膺有一定之職務，其在職年限，已滿十年，而勤勞卓著者。

(B) 因公死亡。

(C) 死亡之官吏，生前曾受終身卹金，而未滿五年者。

遺族卹金之權利主體，應依左列之次序定之：

(A) 死亡者之妻。

(B) 死亡者之妻不在，或無此資格時，其子女。

(C) 死亡者之子女不在時，其孫及孫女。無孫男女時，其父母。或其父母亦不在時，則屬於其祖父母。

遺族卹金之權利，因左之事由而消滅。

(A) 權利者死亡，或喪失國籍。

(B) 權利者若爲死亡者之妻，則因其再嫁，或其子女達於成年而消滅。

(C) 權利者若爲死亡者之子女，則達於成年而消滅。

以上所述權利消滅之原因，乃對於權利者一身所發生之效果。除因權利者本人有上述之原因，或其子達於成年而消滅者外，其因他之原因而消滅者，遺族卹金權，非與之同時消滅，而應歸屬於次之順位之人。如死亡者之妻，因再嫁或死亡而消滅其權利者，苟其子尙未達於成年，當然取得

遺族卹金之權利是也。

遺族卹金，亦係公法上之權利。故權利者因刑罰之結果，而褫奪公權者，其權利亦當然消滅，而移屬於次之順位之人。

遺族卹金，亦有年金，與一時卹金之兩種。一時遺族卹金者，死亡之官吏，其在職之年數，雖尙未足以受卹金，而其死亡之原因，又未必直接出於因公致傷或病，然其在職時期較久，且死亡於任所，而其間接之原因，可認爲起因於公之職務者，得給與其遺族一時卹金。國家之此種義務，與對於官吏本人之一時卹金相同。

(4)職務上之實費償還 官卹因執行職務，所需要之特別費用，應由國家給付之。此種請求權，曰職務上之實費償還請求權。其最著者，爲旅費。他若辦公用之建築物。一切器具，軍官之武器等。原則均由國家給與。

如由官吏籌辦者，則關於此之費用，國家當負賠償之義務，官吏對於國家，即有求償之權利也。關於實費償還，以依法令所定之標準，從事計算，與實際之支出額，不必完全相符也。

二 地位上之權利 官吏之地位上之權利，其重要者如左：

(1) 官吏對於國家，有要求國家承認其官吏身分之權利。此乃官吏一切權利之基礎。凡官吏因任官行為之結果，當然取得官吏之身分。國家對於官吏，所有經濟上職務上之保護，皆以承認官吏之地位為前提。惟此種權利，不必為官吏所特有，乃一般參政權所共認。蓋凡參政權之基礎，要在於國家之承認耳。是說也。Jollick 實主張之。

(2) 官吏有要求國家不得任意剝奪其官吏身分之權利。此現今各國關於官吏之懲戒，所由必須設置特別之機關，釐定嚴重之程序也。(參照上

述官吏之懲戒) Jellinek 一派之學者，雖主張官吏之保障，係因公益起見，不得視爲官吏之權利。然實則保障之結果，要以屬於官吏之利益者爲多，與純然之職務上之保護不同，故仍當認爲官吏之權利也。

第四節 公共團體總論

第一款 公共團體在法律上之性質

第一項 概論

現代文明各國之行政組織，均係由國家之行政機關，及公共團體二者，各依其法律所賦予之權能，以行政權主體之資格，分別遂行其法定之職務或事業，而共同構成其行政組織之統系。

凡屬公共團體，均有其本身存立之目的，及法律上之人格。其與私法人不同者，以其爲公法上行政權之主體，其目的在公而不在私，故通常亦

稱之爲公法人。關於公法人與私法人性質上之區別，學說不一。有謂當求之於其以爲目的之事務之性質者。有謂當視其是否爲國家之機關者。有謂當視其是否爲權力團體者。有謂當視其對於國家所盡之義務如何而定者。有謂專由其人格之差異而定者。代表學說，當不外此五種。茲特爲分述如左：

(一) 主張求之於其以爲目的之事務之性質者。則謂：『以公之事務爲目的者，爲公法人。以私之事務爲目的者，爲私法人』云。然公務與私務之區別，非以其事務之性質爲區別，乃以其主體爲區別也。卽在同一之事務，如係由國家或公法人所行之事務，則爲公事務。如係放任於私人者，則爲私事務。例如教育事業，在國立及公立各校之教育，則爲公事務。而在私立學校之教育，則爲私事務是也。是蓋因其事務之主體，爲國家，或

公法人，故其所行之事務，爲公事務耳。決非因以公事務爲目的之故，遂成爲國家或公法人也。（主張此說者，爲Ro. Sin, Jirleing等）。

（二）主張國家機關說者。則謂：「公法人者，國家機關之法人也。」然國家機關，在其機關之地位，亦無自己之存立目的，乃係因國家之目的，而行國家之事務耳。祇作爲機關觀察之。則機關固無自己之人格也。公法人決不以國家機關，爲其主性質，乃以獨立之人格者之資格，具有自己之目的，而處理自己之事務者也。自一面言之，公法人通常雖受國家之委任，作爲國家機關，而處理國家之事務，然此點不成其爲公法人之特質也。何則，卽私法人中，亦何嘗無當國家機關之地位者。例如銀行代國家征收所得稅。輪船公司代國家征收通行稅是也。公法人之所以爲公法人者，實不在此，而在其以人格者之資格，而有存立其人格之目的也。（主張是

說者，爲 Gierke (durocq 譯)。

(三) 主張權力團體說者，則謂：『公法人者，對於其團體員，有命令強制之權力之團體也。』然命令及強制之作用，卽就國家言之，亦不過因欲達國家之目的，而採用之手段耳，決非國家作用之全部也。國家除行命令強制而外，尙可自爲大企業者，而經營諸種事業。或管理公物，以增進公益，助長福利爲目的。第此際國家卽具有公團體之性質耳。至於公法人，則以企業之經營，公物之管理，爲主目的，而其命令強制之權力，不過一種補助手段，於一定之範圍內，准其使用之而已，決非公法人必不可缺之要素也。假令公法人卽全無強制權，而因其目的，與國家相同，均以公共之目的，爲存在之根據，則仍不失其爲公法人之性質也。(主張是說者，爲 Ernst Meir Otto, Mayer 等。)

(四) 主張『當以其對於國家所盡之義務如何爲區別者』。則以公法人爲對於國家負有達到其本身目的之義務之團體也。公法人對於國家之負有此種義務，固爲公法人之一特徵。然公法人爲行政權之主體，與私法人不同，而占有特別公法上之地位者，與其謂爲義務，無寧謂爲權利之爲當也。若單自其爲對於國家之義務主體觀之，則不過須受意思之拘束耳，固不能僅以受意思之拘束，遂得享有行政主體之地位也。何況公法人之事務，國家未必常令其負遂行之義務，在一定範圍內，國家固不妨任諸公法人之自治權，而聽其以自由意思，自行決定其行之與否乎。(主張此說者，爲

Löningssteng, 1914年。)

(五) 人格差異說。是說『以人格之差異，爲公法人與私法人之區別。』謂法人因其目的不同，而其人格亦異。公法人之目的，爲國家的目的

；且其目的，乃，係由國家所賦予，不能如私法人之目的之出於任意的自定也。

第二項 公共團體之性質

公共團體者，立於國家之下，而由國家賦予以存立之目的，而享有為私法人所無之公法上之特權之公法人也。

公共團體之目的，係由國家所賦予，而由法律定之。故恆有一定的目的；且其目的，具有國家的性質。

公共團體，雖為具有國家的目的之法人，然與以經營國家的事業為目的之法人不同。因國家的事業，不單由國家自行經營之；且得由國家允許私人或私法人經營之也。例如公企業之特許。（代理國庫之特殊銀行）辦理教育事業之私立大學之認可。此等由私人或私法人所經營之事業，雖亦

具有國家的性質。然其事業主體，則仍爲私人或私法人，不能因已爲國家之特許或認可，而遂成爲公法人也。

公共團體，因其目的係由國家所賦予，故關於其設立與廢止，亦須由國家之意思行之，不能如私法人之存廢之出於私人之自由也。

公共團體，係爲國家的目的而存在，爲達到目的起見，通常恒由國家賦予以爲一般私法人所不能享有之公法上之特權。其特權之大小輕重，依公共團體之種類而異，而由法律定之。

公共團體，有遂行其事業；實現其目的之義務。國家對於公共團體履行其義務與否，有加以特別的監督之權利。因公共團體之事業及目的，與國家有直接的關係，故不僅於消極的方面，防止其違反法規，或侵害公益；更須於積極的方面，以監護的態度，助成其事業之遂行，而令其達到目

的也。

第二款 公共團體與自治行政

公共團體之觀念，與自治行政之觀念相關聯。在現代施行憲政之國家，其統治組織，均具有共通的特色。即關於中央政治，以國民的代表所組織之議會參與之。而關於地方行政，則由地方人民自行處理之是也。此種由地方人民自行處理之地方行政，通常稱之爲自治行政。其執行自治行政之人民團體，謂之公共團體，而具有公法人之資格。

關於自治一語，有兩種意義：即政治上之意義，與法律上之意義是也。

(一)政治上之意義 自治者，以非國家所專任之官吏，而參與於國權之行使之謂也。此種意義之自治，實發達於英國。彼所謂 *Self government*

者，較諸德語之 *Selbverwaltung*，其範圍爲廣。微特指地方自治行政而言。凡立法，司法及行政事務，非由國家之官吏執行者，皆稱之爲自治。自治云者，乃對於官治之名稱耳。由此推之，國會可稱爲自治之最高機關。卽在司法區域中。以人民所選之陪審官（*Jury*），而參與於裁判者，亦自治之一端也。顧真正之意義，所謂自治者，要以行政之範圍，爲最顯著。英國自中世以來。*County* 及 *Parish* 等自治制度，已與國會制度，相繼發達。自治行政之最要之機關，爲治安判事（*Justice of Peace*）。凡地方人民之輕微犯罪之處罰，及地方警察，皆由其執行。此等機關，雖出於國王之任命，然概爲名譽職；且其選任，必於與該地方有利害關係之人民中求之。其對於中央政府，有獨立的地位，除服從法律之外，絕對不受政府之指揮也。此等制度，於第十九世之中葉，漸次傳播於歐洲大陸諸國，則不

得不歸功於德國公法學者 *Gaiz* 氏矣。氏嘗謂英國之立憲政治，與其自治制度，有密切之關係。苟非以自治制度為基礎，則立憲政治，不免為多數黨之壓制政治云。彼於英國之自治行政，研究綦詳，並以之介紹於德國，而資為模範。殆與孟德斯鳩 (*Montesquieu*) 之以英國立憲制度，鼓吹於法國者，先後相輝映也。

Gaiz 詮釋自治之定義，謂自治者，依國家之法律，以地方之負擔，籌辦其經費，由名譽職之職員，處理地方之行政之謂。蓋適合於英國第十八世紀時代之自治制度之狀態者也。此種觀念，德國頗蒙其影響。自一八七〇年以來，以迄一八八〇年之間，普魯士之行政制度之改革，大致以此為模範。地方行政之一部分，或於專任職之官吏以外，別設名譽職，以掌理之。或雖由官吏處理，亦必於官吏以外，別設一種之合議體，以參與之。

厥後日本亦倣之，而設自治制度。其市町村之自治員，全出於人民之選舉，其府縣，則行政事務，仍由府縣知事之官吏當其任，然參與於此行政者，則有府縣參事會，府縣會等合議體之機關在焉。惟時至今日，則名譽職自治員之設置，已非自治制度之要素。蓋自治行政事務，日益繁多而複雜，欲以無報酬之身，膺茲重任，勢必有所難能。故法律或明定其薪給，或雖定爲名譽職，而實際仍有相當之報酬者，其例甚多。職是之故，自治之要素，不在自治員之有給與無給，其與官治相區別者，惟在非隸屬於中央政府，而不受其指揮之一點而已。

上述之意義，殆與民衆政治之意義相當。蓋不僅專管地方行政而已，卽中央政治，亦可涉及也。其專處理地方行政事務者，則通常屬於地方自治之範圍。

(二) 法律上之意義 自治者，公共團體，在國家監督之下，而自行處理其事務之謂也。依此意義，則自治之觀念，與上述者不同，蓋發達於歐洲大陸諸國者也。大陸諸國，在中世紀時代，市府團體，已有極廣汎之自治權。當封建制度極盛之秋，市府對於封建諸侯，實際已有獨立的地位。暨乎近世，封建制度，次第頽廢，一時趨於中央集權之傾向。於是此等市府之獨立地位，亦因而失其存在。然因第十七八世紀，君主專制政治，俄焉達於極點，卒之，其反動力，亦愈強大，迺有所謂自由主義之勃興。一面要求個人之政治上之自由；而在他方面，則又要求地方團體之政治上之自由。並以地方團體，離乎中央政府之指揮，而為行政權主體之一事，為個人之政治上之自由之基礎，及健全的政治組織之要件。此種思想，其最初之現實者，當推法國。在大革命以前，已稍肇其端緒。至一七八九年後

，一時遂趨於極端。乃曾幾何時，而形勢又爲之一變。暨乎拿破崙帝政時代，復歸於中央集權。自治制度，亦遂蒙其影響，時至今日，法律雖屢經變遷，然其主義，則尙有繼續之形跡焉。德國於一八〇八年，普魯士始有市制之發布，而承認市之自治權。厥後德意志聯邦中之其他各國，亦倣倣之。由是日漸擴充，於市自治外，并認鄉之自治權。凡市鄉皆得不受國家之干涉，以其一己之意思，處理其一己之事務。即財政上之事務，亦有處理之權利。迨一八四〇年以後，立憲自由之思想愈盛，而地方團體獨立之主張者，亦愈多。自治之名稱，遂成爲普通用語之一。且其所謂自治者，乃專指市鄉有不受國家干涉，獨立處理其事務之權利而言也。

英國在第十九世紀以前，地方制度之發達，與德法諸國，迥異其轍。地方團體獨立之思想，實爲英國所否認，地方行政，猶是國家之行政耳。

其所以區別者，惟在執行者之爲名譽職，而非國家官吏之一點。且膺此名譽職者，又不出於貴族，及大地主之二者之中。厥後經一八三二年選舉法之修正，國會之組織，已一變其從來之貴族的傾向，而漸趨於平民政治。於是地方行政，亦不能長此墨守其貴族的主義。經數次之改革，而所謂救貧組合，學校組合，道路組合等，因特殊之目的，而組織種種之公共團體，此等團體，皆設有民選議員，以會議而決定關於其事務之執行方法。其後州自治 (County) 之成立，實以此等團體爲基礎，而擴張之者也。蓋至是，而英之地方自治制度，乃漸與大陸諸國相類似矣。

歐洲各國自治之觀念，乃聯合上述兩種之意義發達而成者。其始英國派之自治，以非專任之官吏，執行行政事務，爲其要素。大陸派之自治，則以地方團體，離乎國家而獨立，爲其特徵。二者雖各不相侔，然一面英

國名譽職之制度，既輸入於大陸；而在他方面，則大陸獨立地方團體之組織，又漸次爲英國所採用。於是此兩種之意義，遂融合爲一種之觀念，卽今日之自治制度也。

要言之，則自治制度之本旨，不外乎使公共團體，爲獨立的人格者，在一定的限度內，不受國家之干涉，而自行處理其團體之公共事務而已。

第三款 公共團體之種類

第一項 基因於組織之公共團體之種類

公共團體，因其組織之不同，而有地團，社團，財團之分。在私法人，則祇有社團法人，及財團法人兩種而已。在公法人，則於此兩種之外，尙有地團法人也。又通常稱公法人之社團法人爲公共組合。公法人之財團法人爲營造物法人。而地團法人，則稱之爲地方自治團體。或單稱之曰地

方團體。

(一) 地方團體 地方團體，乃地域團體之一種，其性質與國家相同。地域團體者，以一定之地域，爲其存立之基礎，凡在其地域內居住逗留者，基因其居住逗留之事實，當然成爲其團體中之一員，而服從其權力者之謂也。地方團體者，乃處於國家之下之地域團體，以國家領土之一部，爲自己之地域，對於其地域內之一切人民，於國法所承認之範圍內，爲謀地方公共的福利，有支配之之權利之團體也。因其非由限定一定之社員而成者，乃舉凡在其地域內一切之人民，皆須受其支配，故得與社團法人相區別。地方團體，雖有以繼續的所屬人民爲住民之規定；但不僅住民須受其支配，卽一時之逗留者，亦須受其支配。卽非住民，亦非逗留者，僅於其地域內，有土地，家屋，或設有營業所者，則關於土地，家屋，或營業

所，亦須同樣受其支配。如市鄉村，或市鄉村內之區，皆地方團體也。

地方團體，以一定之地域，爲其構成之要素，此與其他之法人不同者。地方團體，對於其地域之支配權，頗與國家之領土權相似。不過國家之領土權爲固有的，而地方團體對於其地域之支配權，則爲由國家所賦予的耳。故地方團體，於其地域內，不僅有對人的支配權，而且有地域的支配權也。

地方團體之地域。與國家之行政區域不同。如就兩者之興革言之，因前者之地域，爲其權利之客體。關於法人之權利之設定與變更，非依法律行之不可。而後者則單屬於行政官署之管轄區域。關於其設定與變更，非國家權利之設定與變更，不過行政官署權限之變更而已，故通常得以行政權行之也。又變更地方團體之地域，常發生權利繼承之問題。而變更行政

區域時，則無所謂權利繼承問題也。

(二) 公共組合 公共組合者，公之社團法人也。自其由一定的社員之結合而組織成立之點觀之，其性質與民法上之社團法人，同其性質。公共組合之構成，雖亦有以一定之地域爲限者，(例如某地方之水利組合，某市之商會是也。)然其地域，不過爲定團體之目的，及可爲社員者之資格之標準耳，並非舉凡在其地域內之一切人民，皆當然爲其團體之一員，須服從其權力也。公共組合之權力，僅能對於社員行之。社員或依任意之加入，或法律上之當然爲其社員者，則爲組成其團體之一員，而負服從其權力之義務。其對於社員之關係，爲一種特別權力關係。即通常所論社團權力之關係者是也。

公共組合，非地域的團體，乃人的團體。就此點言之，對於一切地域

團體，均不難斷其爲公法人。在私法人中，決無此種組織。但在公共組合。因其爲人的團體之故，其組織甚與民法上之社團法人相似。不過公法人之公共組合，具有國家的目的。私法人之社團法人則否。然法人之目的，是否爲國家的，往往不易判別。其得據爲推定之根據者，大致有五：

(1) 其目的依法律而定，且對於其規約，不得任意定之者，爲公法人。否則爲私法人。

(2) 關於其設立行爲，至少在最後決定時，須依國家之意思行之者，爲公法人。否則爲私法人。

(3) 關於社員之加入或脫退不自由。其具有法律上一定之資格，即當然爲其社員者，爲公法人，否則爲私法人。

(4) 關於其經費之徵收，得用行政上強制徵收之手段者，爲公法人

。否則爲私法人。

(5) 對於其目的之遂行，須服從國家特別的監督者，爲公法人。否則爲私法人。

(三) 營造物法人 營造物法人者，公之財團法人也。財團法人，與社團法人相區別者，因其並無一定之社員，僅有因特定之目的所提供之財產，及特別選定遂行其目的之團體故也。財團法人，非財產之集合體，乃人類之團體。財產本無人格之可言，因其團體出於爲人類之目的，故得享有法律上之人格耳。以財團法人，而有公法人之性質者，謂之曰營造物法人。(與法令中之營造物之意義不同。法令中之營造物，指國家經營之學校，郵政，電報，鐵路之類之人及物之全體而言。其權力主體，屬於國家自身，而營造物本體，則並無法人之資格也。如由國家管理之廟宇，而其住

持司祝，由國家任用之者，即公之財團法人之例也。）

第二項 基因於權能之公共團體之種類

公共團體，視其由法律上所賦予之權能如何？得分之爲主動的團體，與受動的團體兩種。主動的團體，指有自治之權能之團體。受動的團體，指無自治之權能，而受他方支配之團體也。前者之團體意思，發生於團體內部，其機關由團體員中組織之，其團體員有自行造成團體意思之權者也。後者則其團體意思，由外部而生，其機關爲國家所任命，其團體員無自行造成團體意思之權，其意思專由國家所任命之機關作成之。屬於主動的團體者，爲地方團體中之一部，及公共組合。因公共組合，係由一定之社員組織而成者，故其社員總會，通常爲其組合之最高機關。其理事機關，亦由社員中選任之。其意思恒由社員自身造成之也。屬於受動的團體者，

爲地方團體中之另一部，及營造物法人。其意思均由外部而來者也。

第四款 公共團體之成立變更及消滅

第一項 公共團體之設立

凡公共團體之設立，均須依據法律，不得以命令行之。以公共團體爲公法人，關於法律上人格之承認，不屬於行政權之範圍故也。關於公法人之設立，原則上不能自由，在一定程度，非受國家之干涉不可。是蓋由公共團體得享有公法上之特權所發生之必然的結果也。至於國家干涉之程度，則依公共團體之種類而異。試分述之於左：

(一) 在地方團體，其干涉最嚴。多有由國家用法律定其地域，而直接設立之，不令地方住民參與其設立者也。關於地方團體之設立，其承認由人民之自由意思行之者，惟限於既存之地方團體，行變更分合，而組織新

地方團體。或由二以上地方團體，設立組合之時而已。卽在此等情事，其最少限度，亦須由國家認可其設立也。

(二)在公共組合，則因其係由一定之社員組織而成者，通常對於其設立，不能單依國家之意思，在一定程度，須承認其社員之自由意思，但不能如私人之絕對自由，國家對於其社員之全部或一部，往往反其自己之意思，由法律規定其爲當然加入者也。普通稱之爲強制加入。其實並非強制其加入，不過由法律之規定，當然成爲其社員而已。強制加入，有全部強制，與一部強制之別。通常以一部強制爲多。在一部強制，其社員之資格，以法律定之。由有資格者之中，或多數者之協議，而設立組合，制定規約，呈請主管官署認可，得有認可後，其組合卽完全有效成立。依據法律，對於有資格者，不問其同意與否，卽當然成爲社員者也。在全部強制，

則由國家自行設置創立委員，令其爲設立之準備，其組合規約，卽由創立委員爲之制定，呈請主管官署認可之。但亦有由主管官署爲之制定規約者。其規約一經認可，或由主管官署制定之後，其組合卽可成立。其依據法律，有爲其社員之資格者，卽當然全部爲其社員者也。但由主管官署，代其制定規約時，則對於此種規約之決定，有與其關係者協議之必要耳。無論何種公共組合之設立，均須制定規約。規約者，在法令許容之範圍內，有拘束其社員之效力者也。但其效力，祇限於組合之內部，而不能成立爲對外之法規耳。

(三) 營造物法人之設立，或由國家設立之，或由地方團體，呈請國家之認可而設立之。

第二項 公共團體之變更

公共團體之變更，指其在法律上之存在，發生變動，而其人格，則仍爲同一人格之繼續之謂也。公共團體之變更之特須記述者，爲地方團體之變更。茲爲述之如左：

(一) 變更名稱 地方團體，各有一定之公名稱，不得由其團體任意變更之。於其變更，須經過法律所規定之一定之手續。其變市爲鄉，變鄉爲村者，亦準是。

(二) 變更境界 境界之變更，無關於團體，本身之存廢，第因變更其區域之故，遂於其團體之法律上之存在，發生種種影響耳。

(a) 關於住民之資格者。隨境界之變更，而發生住民資格之變動。如係在新加入其區域之土地有住所者，則由境界變更之日，即當然成爲其團體之住民，而喪失舊所屬團體之住民資格。

(b) 關於團體之自治法規之效力者。因境界之變更。其團體之自治法規之效力，亦生變動。蓋原則上地方團體之法規，乃施行於其地域內之全部者。故依境界之變更，而某地域，由一地方團體，移於他地方團體之區域時，則舊所屬團體之法規，對於其區域，當然喪失效力，而由新所屬團體之法規代之。

(c) 關於團體之財產者。因境界之變更，對於團體之財產，亦須加以適當之變更。何則，因團體之財產，乃全住民當普遍受其利益者故也。至其決定財產處分之手續，則由法律所規定者行之。

(d) 關於機關之組織者。因境界之變更，關於機關之組織，亦有發生變更者。如新編入他團體之區域之土地，其原住民有舊屬之名譽職者，則因喪失公民權之結果，當然喪失其舊屬之名譽職。又因住民變更之結果

，其新舊人口上，亦發生變動，以是，而其議員定數，亦有增減之必要。

(e) 關係團體之事務者。團體之事務，或亦有分離之必要，則發生事務上之交替接管矣。

(三) 變更制度 所有地方團體，均有法律上存立之基礎。若其所依據之法律，發生變更時，則其法律上之存在，亦當然發生變動也。其最著者，如由鄉村而變為市，則以前由鄉村制所支配者，一變而為由市制所支配者矣。但其團體之人格，不因之而消滅。因並非設立新團體，其同一之法人，仍繼續存在，不過其所依據之法律不同耳。因之關於其地域，住民，財產，或事務，亦當然不生變更。即對於自治法規，除其所規定事項之性質上，當然喪失效力者而外，依然繼續有效也。唯其機關，則因鄉村制之機關，與市制之機關，全不相同，故舊時之機關，當然喪失其地位，須從

新選任市之機關，於未選任以前，須以臨時代理者處理之耳。

(四)變更組合 在由二以上之地方團體而成之組合，往往有加入其組合之團體數增加減少，或變更其共同事務之範圍者，此際當以法律所規定一定之手續行之。

第三項 公共團體之消滅

公共團體之消滅原因，當分爲地方團體之消滅原因，及公共組合之消滅原因兩種。茲先述地方團體之消滅原因如左：

地方團體之消滅原因凡四：

(一)廢置分合。廢置分合，與單純的境界變更不同，乃關於團體之存廢者。如廢去一地方團體，而將其區域，編入他團體之區域，或割一或二以上地方團體之區域，而新設置一地方團體，或分割一地方團體之區域

，爲二以上之地方團體，或合併二以上之地方團體，爲一地方團體也。四者之中，無論何種，均爲令地方團體消滅，或設立新團體之原因。

(2) 自然消滅。地方團體之歸於自然消滅者，惟限於因天災地變，其地域之全部，發生大變動，已不堪居住，(如陷入海中，或成爲河流之河床，及火山之噴火口)或失去其全住民，即將來亦難得住民移住者爲限。

(3) 制度變更。因法律改訂之結果，其地方制度，已經改定。因之，而廢止某種之地方團體者。則其地方團體，當然消滅。

(4) 組合解散。由二以上之地方團體而成之組合，則因其組合之解散而消滅。

不問屬於上述何種原因，若地方團體消滅時，則其自治法規，在原則

上，當然失效。而其一切機關，亦歸於消滅。其事務，亦當由代位之相當機關繼承之。其財產亦當行適當之處分。

公共組合之消滅原因為解散。而解散又分為任意解散，與強制解散兩種。

(I) 任意解散。任意解散，不能單由組合總會之決意行之，尚須得監督官署之認可。其決議亦不以通常之過半數為已足，須得有法定多數組合員之同意方可。

(2) 強制解散。強制解散，則不問組合本身之意思如何，乃由國家方面解散之也。但國家之行此種強制解散，須以法律所規定有特別之理由者為限耳。

公共組合解散之後，對於其所餘存財產之處分，當依據法律，及組合

規約之所規定者行之。若無特別之規定時，則從民法上關於法人之規定行之。

第五款 公共團體之權利及權力

第一項 固有事務及委任事務

屬於公共團體之權利之事務，有固有事務，及委任事務。與必要事務，及隨意事務之分。

固有事務者，爲公共團體之存立目的之事務之謂也。委任事務者，則於其本來之存立目的以外，由國家或其他之公共團體所委任之事務之謂也。公共團體之有固有事務者，因其離開國家，而另有自己之人格故也。舉凡一切之人格者，莫不皆有其固有之生存目的。因之，卽不能不有其固有之事務。若無固有之目的，因之而無固有之事務者，則不得謂之爲法人

，祇能稱之爲機關而已。公共團體之人格，固由國家之承認而存立，然國家之承認其人格，決非出於以之爲自己之機關之意，乃承認公共團體有自己之存立目的之意也。在其被承認之目的之範圍內，其事務卽非國家之事務，乃公共團體本身之事務也。

公共團體存立之目的，或直接由法律定之，或於法律之範圍內，依規約定之。其範圍最廣汎者，爲普通地方團體。（爲一般行政組織之系統之一部之地方團體）此等團體，以廣謀地方公共的利益爲目的，不單以列舉的特殊事業爲目的，其權限頗廣汎也。至於公共組合，及爲特殊目的而設立之特別地方團體，則反是。而僅以由法律，或規約所指定之特殊事業爲目的，其固有事務，亦僅限於此種範圍之內也。

公共團體之委任事務者，由法律，或特別之委任行爲，將本來屬於國

家，或其他公共團體之事務，令其執行之之謂也。委任事務，主存於地方團體。因地方團體，係由一切之地方住民而成，使之負擔國家事務，一方面可以減輕國家之負擔，而且有公平分配於一般人民之利故也。若國家事務，其利害關係之範圍，僅屬於一地方，而在政策上，亦不必由國家自行設施之者，多委任於地方團體，令其代行之。即國家以外之公共團體事務，法律亦往往許容之，令其得委任於地方團體也。事務之負擔，首在令其負擔執行其事務之義務，頗具有義務之性質。然公法人因受其委任，即可將此種委任事務，視同自己之固有事務，而取得由自己之機關處理之之權能，是又具有權利之性質矣。

一切事務之委任，因有令公共團體負擔義務之性質，故須根據法律之規定方可。

第二項 必要事務及隨意事務

公共團體之事務，又區別之爲必要事務，與隨意事務。必要事務者，法律上非爲之不可者也。隨意事務者，團體本身對於其事務之爲與不爲，得以自行決定者也。但隨意事務，復有絕對隨意者，與非絕對隨意者。如開始爲之與否，雖得隨意，若一經開始，則卽有遂行之之義務，不能隨意廢止之者，卽所謂半隨意事務者是也。

必要事務，隨意事務之區別，與固有事務，委任事務之區別不同。雖通常以委任事務爲必要事務，固有事務爲隨意事務，然法律亦有規定某種之委任事務，得由公共團體自由決定者，而對於固有事務，亦有特命其遂行之者，兩者之區別，固非常相一致也。其屬於必要事務之固有事務與委任事務之區別，頗感困難。但必要事務，另有一種特色，卽其事務乃關於

公共團體本身之存立目的者是也。

第三項 公共團體之權力

公共團體，當處理上述各種事務時，在一定之範圍內，法律有認許其行使命令強制之權力者。如在公共組合，則其組合之決議，有拘束其全體組合員之力一事。乃一切社團共通的性質，非公共團體所特有。一切之社團法人，對於其社員，皆有社團的權力也。

公共組合之權力，與私之社團法人之權力不同者，主在私之社團法人，其社員得自由加入，故亦可自由脫退，其服從社團權，常在於自由意思之服從。而公共組合，則反是。非有法定資格者，雖欲加入，亦不能加入。有法定資格者，則法律上當然爲其社員，非加入不可。且不准自由脫退。故組合員雖不願服從，亦不得不服從其權力也。

地方團體，則與社團法人不同，並非由一定之社員組織之，舉凡在其地域內者，均當然服從其權力也。故其權力並非限定祇能對於一定之社員行使，乃對於區域內所有之人民行使。換言之，則其權力，非社團的權力，乃統治的權力也。至其權力之範圍，則依各地方團體而異。其權力能發揮至若何之限度，一準法律對於各團體所規定者行之。

第六款 公共團體之義務

公共團體，既享有為私法人所無之特別權利能力，故對於國家，亦不得不負擔特別之義務。公共團體，對於國家之特別義務，大致可分為三種：（一）遂行其存立目的之義務。（二）自治負擔之義務，（三）服從國家之特別監督之義務是也。茲分述之如左：

第一項 遂行存立目的之義務

公共團體，對於國家，負遂行其自己之存立目的之義務。私法人之以爲目的者，直接與國家無關係，其目的能否達到，僅屬於私法人本身之私事。即公益法人，亦復如是。但公共團體則不然，乃與國家同樣具有公共的目的，且由國家承認其目的爲公共的之團體也。職是之故，其目的能遂行與否，直接於國家有關係，國家不能放任其自由，非令其負必須遂行其目的之義務不可。公共團體，對於其各個之義務，雖不必一一負有實行之義務。如所謂隨意事務者，公共團體，固有自行決定執行與否之自由者也。然是惟限於因達其公共的目的，應採取如何之手段時，有一種選擇之自由耳。其須適當盡達其目的之義務，則一也。設令對於隨意事務，失其裁量之宜，以致不適於公共的目的，則爲對於國家之義務違反矣。至於必要事務，則公共團體，即對於事務之選擇，亦無裁量之自由，祇有執行其事

務，即爲達公共目的之道，乃由國家所指定者也。

第二項 自由負擔之義務

公共團體，於自己之存立目的以外，有由國家，或其他之公共團體，委任某種事務，而須負擔執行之義務者。復有關於國家，或其他公共團體之事務，而須負擔其費用者。此等負擔，謂之曰公共團體之自治負擔。

自治負擔，可分爲兩種：一爲事務負擔。二爲經濟負擔。事務負擔，更可分爲公共團體本身負擔其義務者。與公共團體之吏員負擔其義務者。

(一) 由公共團體本身負擔其事務者，與上述之委任事務相當。或直接依法律而來。或於法律所許容之限度，依特別之委任行爲而致。要之，公共團體，均不能不視同固有事務，以執行其事務之主體之資格，而負擔處理之之義務也。

委任事務之中，亦有必要的委任事務，與隨意的委任事務之分。前者指執行其事務無否，完全不能出於公共團體之自由意思，無論如何，均非執行之不可者也。或稱之爲必要負擔。後者指開始與否，可由公共團體之自由決定，但一旦開始後，即須依法律之所定，而負有執與之義務者也。或稱之曰隨意負擔。

(二) 由公共團體之吏員負擔其義務者，則與是異。雖與公共團體本身無直接關係，然吏員對於公共團體，乃負有服勤務之關係者，國家使之執行其他公共團體之事務，是侵害使用主之公共團體之權利矣。故仍爲間接課負擔於公共團體者。

(三) 經濟負擔者，或與專務之負擔，同時被課。此際公共團體，不單執行其義務，並須因執行事務，而負其經費上之支付義務也。即在公共團

體之吏員負擔事務時，其事務上所需之經費，通常亦令公共團體負擔之也。經濟負擔，復有全部負擔，與一部負擔，或一時的負擔之別。一部負擔者，指僅負擔一部分之經費，及一時雖須支出其全經費，但對於其一部分，日後有償還請求權者也。一時的負擔者，指一時墊支，而日後對於其全部，有償還請求權者也。

公共團體，有時尚須對於國家，或其他之公共團體，負提供夫役物品之義務。此亦屬於經濟負擔之一種。

第三項 服從國家特別監督之義務

一切之公共團體，均為公共之目的而存立。如公共團體誤其目的，即直接影響於家國之利益。故國家於一定範圍內，須有指導之，保護之，而令其不誤其目的之力。至對於私法人，或其他一般私人，則國家唯依警察

權監督之，令其無害於公共的秩序而已。對於公共團體，則不止此。恰如監護人之對於被監護人，須有積極的指導保護之權力，因與單純的警察監督相區別，特稱之為特別監督。

國家對於公共團體之監督權之範圍，由法律定之。因對於公共團體之監督，乃係對於為自治權主體之人格者，限制其意思之自由。而自由之限制，除憲法特准用命令規定者外，恒須依據法律行之。此與上級官署之對於下級官署之監督權之無須依據法律之規定者，不同之處也。

對於公共團體，國家監督權之作用，依各種公共團體，而異其寬嚴之度。或僅監督其行為之不違反法規，而此外則一切放任於團體之自治。或不僅監督其行為之不違反法規；並進而求其行為之適合公益。其寬嚴雖殊，然用意則一。其最少限度，要必以對於公共團體超過權限，或違反法規

時，有矯正之之力爲限。倘並是而無力爲之，是公共團體之行爲，較國家之法規效力尤強，將無以維持國法之統一矣。此國家之對於公共團體之必須有監督權也。

對於公共團體之監督作用，自其目的言之，大致可分爲三種。

其一，視察之作用。視察之作用，即欲知悉公共團體事務上之實況而行之監督作用也。例如派遣官吏作實地之監察，或檢閱書類賬簿，檢覈出納賬目，徵集報告書等，皆屬於行使監督權之必然條件。何則，非知悉其事務之實況，即無由行使監督權故也。

其二矯正之作用。矯正之作用，係對於公共團體既爲不適當之行爲不行爲之後，而矯正之之監督作用也。凡對於違法或不當之行爲之取消，對於法律上之義務當爲而不爲時之命其執行，或由監督官署之決定，即令其

發生代公共團體之意思之效力，或派遣官吏，令其代公共團體執行事務，或命公共團體，改選機關，或懲戒其吏員等作用，皆屬之。

其三，豫防之作用。豫防之作用，乃對於公共團體尙未爲不適當之行為之先，而豫防之之監督作用也。如保留監督官署之認可權，非得其認可，則不得有效爲某種行爲。或保留選擇決定之權。對於公共團體之數種提案，由監督官署，選擇決定之。或最初即不令公共團體自身決定之，而由國家保留其決定權等作用，皆屬之。

監督作用，又自其監督機關言之，則亦可分爲三種。

其一，裁判上之監督。裁判上之監督，係由裁判所之判決而來之監督。例如依行政裁判所之判決，令公共團體之行爲，成爲無效者是也。

其二，行政上之監督。行政上之監督，乃由行政機關之權限而來之監

督。如上述之視察，矯正，豫防等作用，皆是。乃監督作用中之最普通者也。

其三，自治監督。自治監督者，由上級自治團體之機關所行之監督也。例如市參事會，對於鄉村，於一定範圍內，所行之監督權是也。

第七款 公共團體之機關

第一項 概說

公共團體機關之組織，因有主動的團體，及受動的團體之分，故其內容亦發生差異。

(一)主動的團體，係有完全的自治組織之團體，對於其一切機關，均出自團體本身之選任者也，如造意之議決機關，及代表團體，執行議決之理事機關，其最要者也。此外尚有出納機關，監察機關，諮問機關，及

補助機關等。

(二) 受動的團體，與前者不同，既無議決機關，復無自行選任之理事機關，不過間或有諮問機關之組織而已。故此種團體，名為自治，實則官治。例如營造物法人，及屬領殖民地之地方團體，而且有受動的性質者，皆屬之。

(三) 半自治團體，係介於主動的團體，及受動的團體之中間者。此種團體，雖有議決機關，却無理事機關。其理事機關，乃完全由國家之官吏充之者。如已施行一部分自治制度之縣，而縣長係由國家任命之者屬之。

第二項 公共團體機關之種類

在有完全的自治組織之公共團體，則議決機關，及理事機關兩者，為

必不可缺之組織。且此種機關之構成分子，以出於團體之選任者充之爲原則。茲列舉其種類如次。

(一) 議決機關者，以決定公共團體之意思，爲主要任務之機關也。恒爲合議體。居其地位者，在公共組合，則爲組合員機關。若組合員人數過多，不適於全部集會者，則由組合員中，選舉定數之議員，而組織議決機關焉。時或於組合員中，選舉議員之外，更加入由組合員以外所選任之特別議員者。在地方團體，其團體之住民，非以其住民之資格，卽當然有參與團體事務之權，僅住民中之有法定資格者，爲團體之公民，享有此種權利。通常以由公民中選舉之議員，組織其團體之議決機關爲原則。但時或以公民總會充之。地方團體之較大者，因欲減輕議決機關之事務，有別以少數之議員，組織特別之議決機關者。

(二)理事機關者，執行議決機關之議決，招集之，準備其議事，處理其日常事務，及對於外部，代表團體之機關也。通常爲獨任制。其法律上之地位，有三種：

(1)或爲議決機關之一員，依互選而就任者。如公共組合之組合長，通常卽由該議決機關之互選而來者也。此種組合長，或理事，會長，所長等，非如官吏對於國家之關係，服勤務義務者也。其就理事機關之地位，乃係根據其社員應有之權利，而行使較其他社員特強之社員權者也。

(2)或對於團體，恰與官吏對於國家相同，服同樣的勤務義務者。其法律上之地位，略類官吏，故謂之爲公吏。

(3)或由國家之官吏，或其他公共團體之吏員當其任者。則其爲公共團體之機關，非根據社員之權利，亦非因對於其團體服勤務而選任者，乃

伴隨對於國家，或其他公共團體之勤務義務，依法律特命以此種義務者也。

(三)諮問機關者，應理事機關之諮問，而答申其意見之機關也。通常爲合議體。但不能如議決機關，以其議決爲團體之意思，不過僅供理事機關之參考而已。有由議決機關兼任之者，有特行設置者。

(四)監查機關者，監視理事機關之事務，而以檢覈金錢之出納爲主任務之機關也。或以議決機關，兼當其任，或以諮問機關充之。

(五)補助機關者，於理事機關之下，所設置之補助處理庶務之機關也。居於其地位者，或根據社員權而來。或對於其團體服勤務義務所特行選任者。或由國家之官吏或其他公共團體之吏員兼任之。

(六)出納機關者，於理事機關之下，所設置之管理特別出納事項之機

關也。其構成分子，與補助機關同。

第三項 公共團體機關之構成分子

公共團體機關之構成分子，依法律上之性質，得區分爲下列之五種：

(一) 基因於公民權或社員權之效果，而立於公共團體機關之地位者。如縣議會市議會之議員，公共組合之會長等，均係基因於公民權，或社員權之效果，由選舉而立於議決機關，或理事機關之地位者也。

(二) 由公法上之委任關係而來者。受公共團體公法上之委任，專對於特定的事務，負公法上之勤務義務者也。如選舉監視員，公共團體所委任之各種委員，均屬之。

(三) 由民法上之雇傭關係而來者。公共團體，對於其下級從事機械的勞務者，得依民法上之契約，加以雇傭，而令其擔任職務。如雇員，

書記之類，屬之。

(四) 以官吏而立於公共團體機關之地位者。以官吏而擔任公共團體之事務，殆含有臨時的，變態的性質，如市長出缺，而由行政官署，委人代理其職務。此際其代理市長之官吏。在公法關係上，仍爲國家之使用人，而非公共團體之使用人也。

(五) 由公共團體自行選任之公吏。此種由公共團體自行選任之公吏或公務員，其對於公共團體之關係，恰與官吏對於國家之關係相同，均係負有服公法上之勤務義務關係者也。關於公共團體之公吏或公務員，當別爲一欸述之。

第八欸 公共團體之公吏或公務員

第一項 公吏與官吏之區別

依特別之選任，對於公共團體，服忠實無定量之勤務義務者，謂之公共團體之公吏。公吏與官吏不同之點，不在其擔任職務之差異，因國家之官吏，有時亦可作為公共團體之機關，而擔任公共團體之事務。公共團體之吏員。有時亦可作為國家之機關，而擔任國家之事務故也。公吏與官吏之區別，惟在左列二點：

(一) 其選任權之根據不同也。官吏之選任，恒淵源於行政首長之任免權。而公吏之選任，則根據於公共團體之自治權。在有完全的自治權之團體，其公吏之選任權，當然屬於其團體。但公共團體，須受國家之監督，故國家得以其監督權限制之。或對於其選任，令其受國家之認可。或由其推薦之候補者中，由國家選定之。其極端者，則有由國家專行其選任者也。但無論何種，國家之干涉其選任，均係根據監督權行之。決非行政元

首之任免權作用也。是故官吏之任命，一依官制之規定。而原則上，官制之制定，屬於元首之權限，反是，而公吏之選任，則必以法律定之。

(二) 其勤務義務之相對人不同也。官吏爲國家之使用人，係對於國家負有服勤務之義務。而公吏則爲公共團體之使用人，係對於公共團體服勤務義務者也。雖亦有以官吏爲公共團體之機關，而擔任公共團體之事務者。然此際彼雖處於公共團體機關之地位，然仍爲國家之使用人，而非對於公共團體服勤務義務者也。其以公吏爲國家之機關者，亦係由法律特別委任以國家之事務，彼雖處於國家機關之地位，然決非國家之使用人也。

第二項 公吏之種類

公吏之種類，有名譽職吏員，與有報酬吏員之別。名譽職者，乃對於專務職之觀念。以其並無以公吏之職務爲專務之義務，於公職而外，尙有

本身之職業，故不受俸給者也。因其就任並無報酬，不過與以名譽而止，故特冠之以名譽職之名稱耳。按諸自治制本來之意義，其吏員當以名譽職爲原則。意在使地方人民，於從事本身職業之餘，從事公務。除其職務特爲繁劇，不能不設專務職者而外，務宜以名譽職充之也。名譽職之吏員，亦非完全無報酬，間有對於其勤務，給以相當之報酬者。但此種報酬，惟限有勤務上之反對給付，不能如俸給之爲充其生活費用而設耳。

名譽職之吏員，因不受俸給，甚少物質上之利益，故不能如志望爲官吏者之踴躍，甚難得其適任者。爲預防規避起見，通常法律對於名譽職之就任，特定爲法律上之義務，令其不得拒辭之。在官吏，或有報酬吏員，其任命須得本人之任意承諾爲要件。反是，名譽職吏員，則當事者無任意辭退之自由。但非絕對的強制義務，不能依單意而設定吏員關係，不過義

務者對於名譽職之就任，有承諾之義務而已。

第三項 公吏對於公共團體之法律關係

公吏對於所屬之公共團體，其法律關係，大致與官吏對於國家之關係相同。雖公吏不適用官吏之服務令，然其義務之性質，則無以異也。不過因名譽職吏員，另有本業，不能如官吏或有報酬吏員之專心公務，其所負義務之程度，略有差異而已。又公共團體，因服從國家監督權之故，其吏員除服從公共團體之職務命令，及懲戒權而外，尚有服從依國家監督權所行之命令，及懲戒之義務。是則與官吏無異者也。

第五節 現行地方自治制度

第一款 沿革

體國經野，吾國夙有宏謨。周禮之所謂經野者，即指鄉村制度而言。

周制：王畿之近郊爲甸，甸設六遂，每遂之管轄區域爲五縣，合一萬二千五百家，設遂大夫一人治之。王畿之遠郊，則設六鄉，其管轄區域爲五州，合一萬二千五百家，設鄉大夫一人治之。周代鄉官之組織，頗爲完備。惜有縱無橫，有經無緯，故有得人則興，失人則亡之缺點。降至戰國，管仲寄軍令於內政，分國爲五鄉，分鄉爲五州，分州爲十里，分里爲十游，而以師，長，尉，宗治之。其下十家爲什，什長治之。五家爲伍，伍長治之。

漢之縣，邑，丞，尉，多以本郡人爲之。每縣十里一亭，設亭長，治盜賊。十亭一鄉，鄉有三教，掌教化。更有嗇夫，以聽訟獄。有游徼。略似今之游擊保安隊，以當循禁盜賊之任。俱以鄉人爲之。爵同鄉遂之官。隋之令，丞，尉，等，則不得用本郡人。

唐之里正，坊正，則與衙役無異。

宋制：有衙前，以督官物。有耆長，壯丁，以捕盜賊。有散從，承符，弓手，以當驅馳之任。

明制：縣立里正，則略等於供徭役之吏胥，不復爲官吏矣。

清初，以保甲之法，代明之里正。令州縣十家立一甲長，百家立一保正，一鄉立一保長。匪特其爵不列於鄉官，且流品卑下，而不齒於齊民。其末葉，始有地方自治章程之頒布。令各縣辦理地方自治。先後成立城鎮鄉之議事會，董事會。前者爲議決機關，後者爲執行機關。然俱非出於人民之選舉。董事會之董事，幾全爲官府所指派。形式上雖經議事會之選舉，要不過爲官紳狼狽爲奸之下層統制機關。

民國八年，公布縣自治法。各縣設縣議會，及參事會。亦以不能顧及

鄉村的下層組織，而且誤於階級制度的選舉，故毫無效果。

國民政府成立，遵照中山先生之主張，並參酌山西省村治辦法，頒布縣組織法，及縣政府，區，村，里，閭，隣，之成立期限表。十八年六月，國民政府復頒布修正縣組織法。改村里爲鄉鎮。

按現行各國地方自治制度，多由上而下，即先有國家機關，而後有地方自治團體。中山先生之主張，則係由下而上。即先謀縣自治之成立，而後及於省自治，最後乃成立憲政之國家。謂：『自治團體不止爲一政治組織；亦並爲一經濟組織。近日文明各國政府之職務，已漸由政治，兼及於經濟』。又云：『我們國民黨，提倡三民主義，來改造中國，所主張的民權，是和歐美的民權不同，我們拿歐美已往的歷史來做材料，不是要學歐美，步他們的後塵，是用我們的民權主義，把中國改造成一個全民政治的

民國，要駕乎歐美之上。』云云。觀此，則可知中國鄉村自治之價值，並其今後所負使命之重大矣。

第二款 現況

現行地方自治制度，其組織方面，得分爲縣，區，鄉，鎮四項說明之。

第一項 縣之性質及構成

中山先生定縣爲地方自治之單位。依現行縣組織法，實兼地方行政區域，及地方自治區域之性質而有之。（縣組織法第三條參照）

縣政府之所在地爲市時，則縣市權限之劃分，至今尙未完全解決。因自治市制度，迄未成立，縣長民選，（同法第十二條）尙有具文，而市長民選，則並此具文而亦無之也。

根據建國大綱第八條之規定，則自治縣須具備左列各條件：

- 一，須完成全縣之各區，鄉，鎮之自治，
- 二，選舉縣長組織執行機關，
- 三，選舉參議員組織立法機關，

至於其構成方面，則縣依其現有之區域，爲管轄區域，（同法第一條）縣以下爲區，區設區公所，區以下爲鄉，鎮，設鄉，鎮公所，鄉鎮以下爲閭隣，設閭長隣長。

縣政府之下，設公安，財政，建設，教育四局，分掌縣之行政事務。於必要時，得增設衛生，土地，社會，糧食管理各局。

縣參議會，以縣民選舉之參議員組織之，任期三年，每年改選三分之一。其職權如左：

一，議決縣預算，決算，及募債事項。

二，議決縣單行規則。

三，建議縣政興革事項。

四，審議縣長交議事項。（同法二十五，二十六，各條）

縣參議會之成立時期，須在區長民選之後。（同法二十七條）

第二項 區之性質及構成

區置區公所，設區長一人，管理區自治事務。區長由區民選任，並由縣政府呈報民政廳備案。區公所得用助理員，輔助區長辦理區務。區公所設區務會議，以左列人員組織之；

一，區長，

二，區助理員，

行政法 大綱

三，本區所屬鄉長及鎮長，

區務會議，以區長爲主席。至少每月開會一次，由縣長召集之。左列事項，須經區務會議審議：

一，區公所經費事項，

二，區公產之處分事項，

三，區公約，及其他單行規則之制定，及修正事項，（參照縣組織

法第二十八第二十九第三十五第三十六第三十七第三十八各

條）

第三項 鄉鎮閭隣之性質及構成

鄉置鄉公所，設鄉長一人。鎮設鎮公所，設鎮長一人。管理該鄉，鎮自治事務。鄉鎮各設副鄉長，副鎮長一人，襄助鄉長，鎮長，辦理事務。

但鄉鎮戶口在百戶以上者，每增百戶，增設副鄉長，或副鎮長一人。鄉公所，或鎮公所事務，得由鄉長，鎮長，指定閭長襄助辦理。鄉長，副鄉長，鎮長，副鎮長，由鄉民大會，或鎮民大會選任，並由區公所呈報縣政府備案。鄉民大會，或鎮民大會，對於鄉鎮公約，及自治事項，有創制及複決之權。鄉長，副鄉長，鎮長，副鎮長，違法失職時，鄉民大會，或鎮民大會，得罷免改選之。前項之創制，複決，及罷免程序，另以法律定之。鄉民大會，或鎮民大會，於選舉鄉長，鎮長時，並選舉監察委員三人或五人，組織監察委員會，其職務如左：

一，監督各該鄉鎮財政，

二，向鄉民鎮民糾舉鄉長副鄉長或鎮長副鎮長違法失職等事，

閭設閭長一人，鄰設鄰長一人，分掌閭鄰自治事務。閭長，鄰長，各

由本閭，鄰居民會議選舉，選定後，由鄉長，鎮長報區公所，轉報縣政府備案。鄉居民會議，對於閭長，鄰長，有罷免改選之權。鄉鎮公所，認爲閭長，鄰長，違法失職時，得通告閭鄰居民會議改選之。（參照縣組織法第四十第四十一第四十二第四十三第四十四第四十八第四十九第五十各條）

第三章 行政上之爭訟

第一節 概論

第一款 爭訟之觀念

關於一切法律關係之存在或形成，發生紛爭時，由當事人請求有權力之機關，加以合法的裁斷者，其請求行爲，謂之提起爭訟。對於此等爭訟，而以公權力決定其是非者，其決定行爲，謂之裁判。自提起爭訟，以至

裁判決定之一切行爲，總名之爲爭訟手續。或簡稱之曰爭訟。

一切之爭訟，均係由提起爭訟者，與其相對人，互相對立，陳述雙方之意見，裁判者，則立於絕對公平的地位，而裁判其紛爭。關於意見之陳述，有口頭審理主義，及書面審理主義兩種。前者令雙方當事人，於裁判官之前，行口頭辯論。後者則令雙方當事人，各提出意見書，彼居於裁判之地位者，乃以完全獨立的精神，不受任何權力之支配，而加以公平的裁斷。凡正式的訴訟手續，均須具有口頭辯論，及獨立裁判之兩種要件。

爭訟之內容，關於行政上之事項者，謂之行政上之爭訟。行政上之爭訟，與民事訴訟，及刑事訴訟不同。因民事訴訟，以關於民事上法律關係之爭爲內容。刑事訴訟，以關於刑罰法規適用上之爭爲內容。而行政上之爭訟，則以關於行政法規適用上之爭爲內容也。

第二款 行政爭訟之種類

一切行政作用，首須適合法規。而於法規之範圍內，復須適合公益。倘行政作用違反法規，或妨害公益，則爲反乎國家目的之作用。國家必須預防之於未行之前，或急圖矯正之於既行之後。彼行政上之監督，雖即因此種目的而設，然僅由上級官署職權上所行之監督，究難完全保護人民之權利及利益。職是之故，對於行政作用違法或不當，以致侵害人民之權利或利益時，不能不令人民保有自求救濟之手段。有時或行於行政行爲未行之前，即令關係者得互相對立，盡情陳述其各自之主張，然後方爲其行政行爲也。所有一切之行政作用，皆許人民得抗爭其違法或不當，或作爲行政行爲之前提，使關係者得自由抗爭者，總稱之曰行政上之爭訟。

行政上之爭訟，可大別之爲始審的爭訟，與覆審的爭訟兩種。當分爲

兩項述之。

第一項 行政上始審的爭訟

行政上始審的爭訟者，謂於爲行政行爲之前，先令利害相反之關係人，互相爭辯其主張，然後始決定其行政行爲者也。在民事及刑事事件，則其第一審裁判，恒爲始審的爭訟，且須經過爭訟之手續行之。而在行政行爲，則反是。通常關於行政上始審的爭訟，無須用爭訟之手續，僅限於行政行爲違法或不當者，而依要求行再審查時，方以爭訟之手續決之耳。故關於行政上之爭訟，大部分爲覆審的爭訟。

關於行政事件始審的爭訟，大體上得分爲三種：

(一) 依爭訟手續而行之行政處罰。

(二) 關於公法關係之爭，依呈請而行之裁決。

(三) 依爭訟手續而行之一般行政行爲。

第二項 行政上覆審的爭訟

行政上覆審的爭訟者，對於已行之行政行爲，或事實上之行政作用，因抗論其違法或不當，而依請求行再審查時，所發生之爭訟也。其目的在請求將已行之行政行爲，予以取消。或於取消之外，另予以適當的行政行爲。或要求爲之除去因違法而發生之事實上之狀態。

關於行政事件覆審的爭訟，其主要者有二：

(一) 訴願。

(二) 行政訴訟。

關於訴願，及行政訴訟，乃行政爭訟上之重要部分，當另分爲兩節述之。

第二節 訴願

第一款 訴願之性質及種類

廣義的訴願，係指一切以爲行政作用出於違法或不當者，對於爲其作用之官署，或有監督權之官署，請求法律上之救濟之行爲也。此種意義之訴願，乃廣義的請願之一種。但訴願恒爲對於過去的行政作用，請求救濟之行爲，並非陳述對於將來之希望，故得與一般之請願相區別，

廣義的訴願，須區別之爲單純之訴願，與正式之訴願。

單純之訴願，乃由請願之自由而發生之當然的結果，不須法律上有特別之規定，無論何人，均得自由提起者也。正式之訴願者，特依法律認其權利，因之，而官署受法律上之拘束，須與以適當的裁決者也。普通所謂訴願者，專指正式之訴願言之。

單純之訴願，除法令特行禁止，或加以限制者而外，屬於各人當然的自由。因一切之行政作用，除已發生實質上之確定力，不能變更者而外，在爲其作用之官署，或其上級官署，當然有取消之，或變更之，或命其取消變更之之權。單純之訴願，不過對於行政官署，請求行使其當然應有之職權而已。此種意義之訴願，其屬於各人當然的自由，蓋與提出請願書，陳情書，意見書等，之屬於各人之自由無異。但此種訴願，不過事實上，具有喚起官署注意之效果而已，並無何等法律上之效力也。官署對之，本可不待訴願，得自行其職權，取消或變更之，又卽令有訴願，亦決不因之而受拘束，固不必定須與以裁決也。

正式之訴願，須限於法律特別認其權利者，方得爲之。而官署對之，須受爲其審查，並與以適當的裁決之拘束者也。正式之訴願，復與單純之

訴願不同。不僅在促官署行使其當然應有之職權；且得令非當然有取消或變更之職權之官署，依訴願即得有爲其取消或變更之效力。或雖爲一般有監督權之官署，但其特定之行爲，係爲特定人設定某種權利，或與以利益者，即不得復依職權取消之，或變更之。或並無一般之監督權之官署，當然不能依職權取消之，或變更之者。但依法律認爲可以向其提起正式之訴願時，則該官署，基因其訴願，當然有爲其取消或變更之權也。

要而言之，正式之訴願者，以爲行政作用屬於違法或不當者，不依行政訴訟之手續，對於行政官署，請求其爲再審查之行爲，因之，而令其官署有行再審查，且與以裁決之法律上之拘束力者也。

在上述意義之訴願，不必一定由法律附之以訴願之名稱，即使附以異議，或抗告，等之名稱，祇須與上述之意義適合，則其性質上，仍不失爲

訴願也。

第二款 訴願事項

正式之訴願，僅限於法律特認有訴願權之事項，方得行之。吾訴願法，取概括主義，人民得提起訴願者，爲：

(一) 中央或地方行政官署之違法處分，致損害人民之權利者。(訴願法第一條)

(二) 中央或地方行政官署之不當處分，致損害人民之利益者。(訴願法第一條)

但訴願究爲對於行政行爲，方可提起；抑對於事實上之行爲，亦可提起。頗屬疑問。法律對於提起訴願，雖恒以行政處分爲當然之前提。然法律之所謂處分，不必卽爲學問上所指之行政行爲。其用語中之處分字樣，

其意義頗廣，通常不但包含法律的行爲，且包含有事實的行爲。苟屬於侵害人民之權利及利益之行爲，即係事實上之行爲，亦當然有令人民得請求救濟之必要。故對於行政官署事實上之行爲，若侵害人民之權利及利益，亦當許人民得提起訴願也。例如請求除去違法興作之土木工事。或請求將不當的道路變更之復舊。均得作爲訴願之目的是也。

對於行政上之不行爲，則原則上無提起訴願之途。但基因於呈請而來之行政處分，法律上，倘規定對於當事者之呈請，須於一定之期間內處分之者，設該管官署，不於法定期間內，爲其處分時，當然得提起訴願耳。

第三款 訴願權者

有提起訴願之權利者，或由法律規定之。通常法令中，雖單云不服某種處分者，得提起訴願。但此際非漫無限制，無論何人，均得提起訴願也。

。其有訴願權者，惟限於因其行爲，而直接被毀損權利，或受法律上所承認之利益之侵害者，方得行之耳。倘單屬於其行爲間接之結果，而受經濟上之不利益者，則無訴願權也。例如對於因河川工事，以致舟筏不能通航。其有訴願權者，惟限於被妨害其通航之人。至於因不能通航，而受運費驟增之不利益者，則無訴願權是也。

有訴願權者，不限於個人，即法人亦得以其名稱，提起訴願，（訴願法第六條第一欸）法律又不限於一個人，即多數人亦得共同訴願。第須由訴願人中，選出三人以下之代表人，且須提出委任書，證明代表之事實耳。（訴願法第六條第二項）

外國之法令，時有認行政官署，亦得提起訴願者。（如日本市制中，即不乏此種規定，）蓋違法或不當的行政行爲之存立，實反乎國家或公共

團體之利益，行政官署，以其代表公益之地位，得提起訴願，恰與對於刑事之判決，由檢察官亦得控訴者，同一用意也。

第四款 訴願裁決之機關

有訴願權者，對於行政處分之違法或不當，得向原處分行政官署之直接上級行政官署提起之。已訴願後，不服其決定者，得向原決定行政官署之直接上級行政官署，提起再訴願。此訴願法第二條各項所規定者也。例如不服縣市政府之處分者。得向省政府主管廳提起訴願。仍不服其決定時，得更向省政府提起再訴願是也。但不服不當處分者，再訴願之決定，爲最終之決定，若係違法處分，則對於不服再訴願之決定者，仍得依法提起行政訴訟也。（第四條）

第五款 訴願之提起

(I)形式， 訴願須用書狀載明：(一)訴願人之姓名，年齡，性別，籍貫，職業，住址，若訴願人爲法人，則其名稱，及代表人之姓名，年齡，性別。(二)原處分或原決定之行政官署。(三)訴願之事實，及理由。(四)證據。(五)受理訴願的官署。(六)年月日等。若有證據書狀者，並須添具繕本。若係再訴願者，并須附錄原訴願書，及原決定書。(訴願法第六條各款)若係多數人，共同訴願者，除依上述規定外，其代表人，須提出委任書，證明代表之事實。(同第六條第二項)其形式上之要件，大致與行政訴訟之訴狀略同。訴願人於訴願書外，應同時繕具別本，送于原處分，或原決定之官署。原處分，或原決定之行政官署，自收到訴願書副本之次日起，十日內，添附辯明書，及必要書狀，呈送於受理訴願之行政官署。(第七條)

(2) 期限， 自行政官署之處分書，或決定書到達之次日起，三十日內，提起之。期限之末日，遇紀念日，星期日，及其他休息日，毋庸算入。(訴願法第五條第一第三項) 在法定期限中，如因中變或故障，致逾限時，訴願人，應向受理訴願之行政官署，聲明理由，受其許可，(同第五條第三項) 但此際訴願權已不存在，其訴願祇為單純之訴願，故受理與否，一出於行政官署之自由裁量也。

(3) 效果 訴願之提起，原則上，無停止處分執行之效果，不問而無提起訴願，其處分均完全發生效果。依其處分，被命以義務者，須履行之，否則行政官署，仍可用強執行之手段。因行政行為既行之後，均當推測其為適法而且適當者。不能單因提起訴願之故，即將此種推測，完全推翻也。如法令有特別之規定，或由行政官署之職權，或依訴願人之願望，行政

官署，認爲適當者，得停止之耳。（第十一條）

第六款 訴願之審理及裁決

訴願之審理，以書狀審查爲原則。而行政訴訟，則以對審主義爲原則。此兩者不同之點也。但受理訴願之官署，如認爲必要時，亦得令其爲言詞辯論。是不過屬於行政官署之自由裁量，而非法律上之必要。與行政訴訟當事者有言詞辯論之權利者，固不相同也。（參照訴願法第九條）

訴願之審理，乃受理訴願之官署，代原處分官署，再審理同一之事件。受理訴願之官署，固得以職權蒐集必要的證據材料，認定事實。卽訴願者，亦得隨時提出新理由，及證據書類也。受理訴願之官署，又不僅限於審查訴願人所陳述之不服理由之當否，並得根據以外之理由，以行裁決。訴願之裁決，須具決定書，附載理由，送達訴願人，及原處分官署。

（第十條）其裁決之內容有三：

（一）駁回。訴願書經受理訴願官署之審查後，認爲不應受理時，得附理由駁回之。但其理由僅因訴願書違法定程式者，須發還訴願人，令其改正。（訴願法第八條）駁回亦係裁決之一種，不服者，得更向上級官署訴願也。

（二）就其本案審查者。或認爲無訴願之理由，而是認原處分，以維持其效力。此際其原處分，恰與無訴願之提起相同，其效力仍然繼續，但不能因之而發生實質的確定力，於原處分自身，其效力並無增減。即在裁決之後，原處分之下級官署，因必要，隨時仍得廢止變更之也。例如因營業禁止，提起訴願，而被駁回者，其原處分之下級官署，仍得解除其禁止是也。

(三) 取消原處分者。因認原處分爲違法或不當，而取消之者，有

四：

(I) 單在取消原處分者。

(2) 與取消同時，而令原處分之下級官署，更爲適當之處分者。

(3) 取消原處分之後，由受理訴願之上級官署，代爲決定之者。

(4) 上級官署之新處分，有令原處分之下級官署，受執行之拘束，但將來如因事情變更，對於同一事件，須另爲處分時，則下級官署，不妨爲新處分耳。

訴願之裁決，是否爲訴願者之要求範圍所拘束？則因受理訴願官署之種類而異。

(一) 若係有一般監督權之上級官署，則不待提起訴願，即當然有審查

其原處分之權。故其裁決，不必爲當事者之要求所拘束，儘可依其職權，於要求範圍以外，審理裁決之。

(二)若並無當然得審查其處分之職權，惟依訴願之提起，方發生權限者，則其裁決，原則上，以訴願人之要求範圍爲限。除法律有特別規定而外，不得加以使訴願人更不利益之變更。

第三節 行政訴訟

第一款 行政訴訟之觀念

欲明行政訴訟之觀念，須將行政訴訟，與訴願及民事訴訟不同之點區別之。

(一)行政訴訟與訴願之間，性質上本無區別，兩者俱爲請求行政作用之再審查之行爲，因之，而發生使官署從事裁決之拘束者也。Liyon Stein

雖謂兩者之區別，在訴願爲行政作用之適當不適當之爭，而在行政訴訟則爲適法不適法之爭。前者以救濟利益之侵害爲目的，後者以救濟權利之毀損爲目的，此其性質上之區別也。云云。然訴願初不限於行政作用之適當不適當之爭，則其適法不適法之爭，亦非鮮少。不過從後者言之，不能全然認有此種性質上之差異，即單在適當不適當之爭，亦同屬於主張其行爲有法律上之瑕疵，而其裁決行爲，目的在確認有無法律上之瑕疵，固與行政訴訟之判決無異也。若從性質言之，訴願亦屬於行政訴訟之一種，二者均爲行政上之覆審之爭訟，其性質上之無差異，於願訴爲行政訴訟之前審一事，尤易明瞭也。原則上，以先行訴願，不服其裁決之後，方能提起行政訴訟，此際其爲訴願目的之事件，與日後成爲行政訴訟目的之事件，全然爲同一事件，其間決無性質上之差異也。

二：
訴願與行政訴訟之區別，專在形式上之差異而已。其形式上之差異有

(I) 機關不同。

(2) 其審理手續不同。

裁決行政訴訟之機關，爲獨立之行政法院。其提起行政訴訟於行政法院者，方得稱之爲行政訴訟。其他屬於各種行政機關之裁決，均爲訴願。通常訴願裁決之機關，爲處分官署之直接上級官署，對於處分官署，有一般之指揮監督權，而其自身，亦隸屬於中央政府之下，承其指揮監督者也。訴願與行政訴訟之差異，此際最爲顯著。自訴願言之，以有一般監督權之上級官署，而令其當裁決之任，是無異使當事者自爲裁判官，而且既立於監督上負責任之地位，又立於中央政府指揮監督之下，難保不受政爭之

影響，而失其嚴正公平也。行政訴訟，比諸訴願，其法律上確實之保障之所以不同者，在此。反是，若訴願由非一般上級官署之合議機關裁決之，或特因裁決訴願設置特別合議機關時，則其差異，尙不甚著。

在訴願，以對於書狀行審理裁決爲原則。於必要時，雖得行口頭審問，然是單屬於受理官署之自由裁量，非當事者有口頭辯論之權利也。

在行政訴訟，則當事者有口頭辯論之權利，得於裁判官之前，互陳述其主張，互相辯駁，蓋與民事訴訟之手續無異。卽就此點言之，行政訴訟，亦較訴願爲更確實也。

在訴願，則訴願人僅能以書狀申述不服之理由，對於處分官署之辯明書，已更無辯駁之機會。而在行政訴訟，則當事者得互相當面交換其主張與辯駁，乃其應有之權利也。

原則上，訴願由對於處分官署，有一般監督權之上級官署裁決之，因是，訴願與行政訴訟，在其實質上，亦有一種重要之差異。

行政訴訟，恒認爲爭訟行政作用適法不適法之手段，而訴願，則除爭適法不適法之外，又認爲爭行政作用公益上適當不適當之手段。

蓋對於處分官署，有一般監督權之上級官署，不僅監督其職務行爲之適合於法規與否；同時並有監督其適合於公益與否之任務。故爲受理訴願之官署者，亦當然得對於其雙方之點，加以審查也。反是，如行政法院之獨立機關，則惟適於監督其適合法規與否而已。而不適於爲關於公益裁量上之監督也。行政訴訟之限於適法與否之爭者，以此。

(二) 行政訴訟，與民事訴訟，其訴訟之目的不同。民事訴訟，在私人相互間，關於私權之爭時，爲求保護其私權之作用，而其裁判，以確認私

法法規之適用爲目的。雖有時國家或公法人與私人之間，爲權利之爭，亦可作爲民事訴訟辦理之者，然是因國家或公法人，此際立於與私人同一之地位，故其關係，可視同私人相互之爭耳。行政訴訟，則反是。多由於國家或公法人行政上之作用，毀損人民之公權時，爲求保護其公權之作用。有時或非毀損公權，而單爲要求行政作用之適合於法規者。但無論屬於何種，要恒以確認行政法規之適用爲目的，則一也。民事訴訟，與行政訴訟，一恒爲保護權利而設。一則不必恒爲保護權利，時或單在維持法規。因民事訴訟，乃私法法規之適用，而私法恒爲權利之規定。反是，行政訴訟，乃公法法規之適用，而公法非必恒爲權利之規定。除認個人之權利而外，其屬於純然爲公益規定者。固甚夥也。

行政訴訟，與民事訴訟，雖有上述性質上之差異，然在形式上，則兩

者均以正式之訴訟手續行之，乃其一致之點也。行政訴訟之觀念，實由將民事訴訟相當之制度，移入行政區域中而發生者。其訴訟手續之要點有四。即：

(1) 其裁判由不受任何人指揮之獨立機關行之。

(2) 令應受裁判之效力者，作為訴訟當事人，參與其手續。

(3) 令訴訟當事人，有行口頭辯論之權利。

(4) 其判決有確定力。

要之，行政訴訟者，以形式的訴訟手續行之，乃其與訴願不同之點。又其手段，在爭行政作用之適合於法規與否，故復可與民事訴訟相區別。其目的之所在，為令行政作用適合法規之一事，得確實之保障，而對於其違反法規者，則得矯正之也。一言以蔽之，則

行政訴訟者，乃以行政作用爲違法，對於獨立的行政裁判所，所請其行再審查之行爲，而其審理，以正式之訴訟手續行之者也。

第二款 行政法院之組織

行政法院掌管全國行政訴訟審判事宜，由院長一人，評事五人構成之。（行政法院組織法第一條第二條，第四條）至其審判，則以由評事五人組織之合議庭之合議行之。（同法第五條）行政法院分設二庭或三庭，每庭置庭長一人，除一人由院長自兼者外，其餘由評事中遴充之；其任務則爲監督各該庭事務，並定其分配，此與司法法院之庭長，毫無二致，（同法第三條）

行政法院院長爲特任職，評事爲簡任職。（同法第八條）前者爲普通之行政長官，後者則爲純然之行政裁判官，故其任用資格，有行政法院組

織法第六條之限制，其保障亦有同法第九條之規定。

第三款 行政訴訟之範圍

民事訴訟，以民事爲其範圍，刑事訴訟，以刑事爲其範圍，行政訴訟，當然亦以行政事件爲其範圍，此固盡人而知之矣。吾人所要研究者，惟得以提起行政訴訟之事件之範圍廣狹如何耳。

關於提起行政訴訟事件之範圍，在各國法律上有採列舉主義者，有採概括主義者，前者如普法等國屬之；後者如奧國屬之。我國行政訴訟法草案，採用奧國制度，以概括之標準，定行政訴訟之範圍，依行政訴訟法第一條之規定，人民得起訴於行政法院之事件如左：

人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願而不服其決定，或提起再訴願三十日內不爲決定者。

訴願法之規定，再訴願至中央各部會之下級官署，而不服其決定者。

上列我國之概括規定，其與普法之列舉規定相較，得失長短如何，可不具論。茲僅述其應行注意之要點如左：

(一) 行政訴訟 乃對於行政處分之訴訟，凡性質上屬於行政處分之事項，固皆可以提起行政訴訟也。

(二) 行政處分之違法 行政處分之不服，其可以提起行政訴訟者，以違法處分爲限；若並非違反法規，而僅屬公益上不適當之處分，則雖有不服，亦不得出訴於行政法院。

(三) 權利之損害 權利之損害，有因不法課以義務而生者，有因不法侵其權利而生者；如依違法之行政命令，致負作爲或不作爲之義務，屬於

前者，因違法之設權行爲而侵害其權利，屬於後者，何則，人民對於國家之義務，雖爲當然之事，然其服從也，要自有一定之限度，故違法之義務，常不免爲自由權之毀損，於命其作爲不作爲外，如應許可之事而拒絕其許可，或違法而取消其許可，又或應免除之事項而不予以免除，或違法而加以禁止者，亦同此例。凡此者，皆公權之損害也。若夫違法之設權行爲，則不徒損害公權，時或有侵及私權者。蓋賦與及剝奪，雖係行政處分，然其處分之結果，則受此處分者，恒因是而取得或喪失私法上之權利，故使其處分而違法，即不免有損害於個人之私權也。

權利之損害，通常雖直接爲受此處分者所身受，然亦有時處分之結果，受權利之損害者，不在於直接之相對人，而在於第三者。當此之時，因對於他人之處分而致受權利之損害，被害人對於此等處分，得以提起行政

訴訟，固不待言。

(四) 行政訴訟之提起 在原則上，須依訴願法之規定，經過訴願或再訴願，仍不服時，始得行之。惟對於中央各部會或其同等官署之違法處分，則不必經此程序，而可直接出訴於行政法院也。

(五) 附帶提起損害賠償之請求 在昔我國平政院，對於因行政處分而所受損害之賠償請求，因其爲民事事件，無權受理；今我國行政訴訟法第二條，則規定對於附帶爲請求賠償損害之訴者，應併案受理之，其審理程序，亦適用行政訴訟之程序。

第四款 行政訴訟之程序

第一項 行政訴訟提起之要件

提起行政訴訟，須具備左列各種要件，否則，卽成爲駁回訴訟，或令

補正訴狀程式之原因。

(一) 依行政訴訟法，得以出訴於行政法院之要件。

(二) 提起行政訴訟者，須爲有起訴權之人，有起訴權之人，在原則上，當然屬於因起訴原因之行政處分而受權利之損害者。(行政訴訟法第一條)

(三) 行政訴訟之提起，須以一定之形式行之；行政訴訟，須用書狀爲之；訴狀應記載下列各款：(1) 原告之姓名，年齡，性別，籍貫，職業，住所或居所，若原告爲法人，則其名稱，事務所，及代表人之姓名，年齡，性別，若訴訟爲代理人所提起者，則代理人之姓名，年齡，性別，職業，住所或居所。(2) 被告之官署。(3) 起訴之理由。(4) 證據。

(5) 年，月，日，由原告或代理人簽名蓋章，或按指印於其上。有證據

文件者，應添具繕本，已經訴願者，應附錄訴願書及決定書，並且訴狀及其他必要書狀，亦應繕具副本。（行政訴訟法第十條）

（四）行政訴訟之提起，分爲兩類：

（一）因不服再訴願之決定而提起者，自再訴願決定書達到之次日起，六十日內爲之。

（二）其因再訴願不爲決定而提起者，自滿三十日之次日起，六十日內爲之。（同法第八條）

第二項 訴訟提起之效果

行政法院，對於受理之訴狀，應將訴狀副本，及其他必要書狀之副本，送達於被告，並指定期限，令其答辯，其認爲必要時，並得令原告被告，以書狀爲第二次相互之答辯。其被告答辯書應具副本。（行政訴訟法第

十二條十三條十四條）在提起行政訴訟後，行政法院於原處分原決定之官署，得以職權或依原告之請求，停止其處分或決定之執行，（行政訴訟法第九條）此亦爲訴訟提起之重大效果也，

第三項 訴訟當事人

訴訟當事人，可分爲（一）原告，（二）被告，（三）參加人及代理人三者論之。

（一）原告 卽立於起訴者之地位而請求裁判之人。依行政訴訟法第一條之規定，則凡人民因行政官署之違法處分而權利受損害者，固皆得爲原告，又據同法第十條之規定，（同條第一款）則得爲原告者，不限於自然人，卽法人亦有此權利。

（二）被告 既有原告，必有被告。據行政訴訟法第十條第三款之規定

，則行政訴訟之被告，似爲官署矣。然官署乃行政之機關，並非人格者，既無人格，卽不能爲真正當事者，同條所謂「被告之官署」，實指其立於代表之地位而言，其真正當事者乃國家也。

原告之提起行政訴訟也，必指定被告之行政官署，至指定何等之官署，須依條理而解決之。卽對於行政官署之處分而不經訴願之程序可直接提起者，當以爲該處分之行政官署爲被告；至經訴願或再訴願之決定後，仍有不服而提起行政訴訟者，若因決定之結果，撤消或變更以前之處分時，則前此之處分已失其效力，不得不以爲該決定之官署爲被告；若其決定而在於維持前此之處分，或駁回訴願，則前此之處分，效力依然存在，其行政訴訟，一面對於訴願之決定之不服，同時卽爲對於原處分之不服，行政訴訟法既無明文規定，則無論爲該訴願之決定官署，或爲訴願之原因之處

分官署，皆得以之爲被告也。

(三) 參加人及代理人 行政訴訟法第十六條，規定行政法院認爲必要或依當事人之聲請得命有法律上利害關係之第三人參加訴訟。依此規定，行政訴訟之參加人有二：(1) 行政法院以其職權命令利害關係人參加之者；(2) 出於當事人之聲請者。

又行政法院認爲必要時，得傳喚證人或鑑定人。(同法第十八條)

行政訴訟上參加人之制度，何以有其必要乎？蓋行政訴訟雖常以處分或決定之行政官署爲被告，然於裁判上有直接之利害關係，因其判決而直接受其效果者，非僅在被告之行政官署已也，行政訴訟之內容，若爲二主體間法律關係之爭，則因判決之結果，其法律關係之相對人當然有直接之利害關係，然在訴訟程序上，處於被告之地位者，乃原處分或決定之官署

，而非其相對人，當此之際，非使相對人參加於訴訟程序，詎能期其裁決之確實公平乎？由此觀之，可以知參加人制度之必要矣。

至關於行政訴訟上之代理，我國行政訴訟法第七條，第十五條，亦有規定。前者爲原告代理，其代理人之資格，以律師爲原則，如非委任律師代理，則應受行政法院之允許。後者爲被告代理，由被告官署，命其所屬公務員，或呈請主管長官指派公務員充任之。

第四項 關於訴訟程序之諸原則

(一) 書狀審理 行政訴訟，除行政法院認爲必要，或依當事人之聲請，得指定日期，公開對審者外，餘皆就書狀判決之。(行政訴訟法第十六條)

(二) 裁判公開 行政法院之對審，除有妨害安寧秩序或善良風俗之虞

者，或經行法院之決議停止公開者外，其餘皆應公開法庭爲之，（行政訴訟法第二十六條）此乃現今一切裁判之共通原則也。

（三）職權審理 行政訴訟取職權審理主義，除當事人所提出之證據外，得指定評事，或囑託普通法院，行政官署，調查證據，固不以當事人之陳述爲限也。（行政訴訟法第十五條第十九條）

（四）職員迴避 評事有左列情形之一者，應自行迴避。（行政訴訟法第六條）

（1）評事曾在中央或地方官署參與該訴訟事件之處分或決定者。

（2）評事曾在普通法院參與該訴訟事件之審判者。

（3）其準用民事訴訟法第三十二條之規定者。

有前條情形之一者，應自行迴避，不得執行職務。

第五項 行政訴訟之判決

(一)判決之內容 可分為二種：(1)認起訴為無理由者，應以判決駁回之，其併案審理損害賠償之訴時亦同。(2)認起訴為有理由者，應以判決撤消或變更原處分，其併案審理損害賠償之訴時，並應為相當之判決。奧國行政法院，只有撤銷原處分之權，而無變更原處分之權，我國則不採此制，觀行政訴訟法第二十一條，便了然。

(二)判決之效力 行政法院之裁判，既無上訴機關，亦不得抗告。(行政訴訟法第三條)故一經裁判後，即為最終之確定，其效力所及，不獨當事人受其拘束，即各關係官署，亦須受其拘束也。(同法第四條)

但有民事訴訟法第四百六十一條所列各款情形之一者，當事人對於行政法院之判決，得請求再審耳。(同法第二十二條)

第五款 行政訴訟之費用

關於行政訴訟之費用，可分爲四種：

(一) 狀紙費 一切狀紙，均由司法院製售。依行政訴訟費用條例之規定，其價目如左：

一 訴狀 五角

二 答辯書 五角

三 代理人委任書 五角

(二) 送達費 行政法院送達裁定書，判決書，及其他關於訴訟之文件，每件徵收一角。其由郵局遞送者，祇收郵費。(同條例第一條第二條)

(三) 鈔錄費 每百字徵收一角，不滿百字者，亦按百字計算。(同

條例第三條)

(4) 繙譯費 每百字徵收二角，不滿百字者，亦按百字計算。(同條例第四條)

以上係法定費用，至於律師費用，及委託代理人費用等，當然不在其內，此則屬於當事人之自由契約行爲，與本法無關也。

此外尚有一特點，則吾國行政訴訟不收審判費是也。不僅正式的行政訴訟如是，即附帶提起請求損害賠償者亦同。(同條例第五條)

第六款 行政訴訟判決之執行

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
(同法第二十五條)